

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**



**RELEITURA CONSTITUCIONAL NO CONFLITO ENTRE OS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS NA PROTEÇÃO CONFERIDA À PRIVACIDADE E O ACESSO À  
INFORMAÇÃO**

**José Américo Martins da Costa**

**Lisboa**

**2016**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**RELEITURA CONSTITUCIONAL NO CONFLITO ENTRE OS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS NA PROTEÇÃO CONFERIDA À PRIVACIDADE E O ACESSO À  
INFORMAÇÃO**

**José Américo Martins da Costa**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico  
em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da  
Universidade de Lisboa como requisito parcial para obtenção  
do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: **Prof. Doutor Rui Guerra da Fonseca**

**Lisboa**

**2016**

A banca examinadora da defesa da dissertação considerou o candidato \_\_\_\_\_.

Lisboa, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

\_\_\_\_\_  
Prof. Doutor Rui Guerra da Fonseca (orientador)

\_\_\_\_\_  
Avaliação

\_\_\_\_\_  
Prof.

\_\_\_\_\_  
Avaliação

\_\_\_\_\_  
Prof.

\_\_\_\_\_  
Avaliação

\_\_\_\_\_  
Prof.

\_\_\_\_\_  
Avaliação

A meus filhos Marcus Vinícius, Ana Cristina e Vítor Augusto,

Maiores inspirações do mundo!

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pois somente Nele todas as coisas são possíveis.

À minha querida esposa Cristina, pessoa com quem aprendi a partilhar a vida!

Aos meus queridos filhos, por suportarem minhas ausências em razão da elaboração deste trabalho e do exercício da Magistratura.

Ao meu orientador, Professor Doutor Rui Guerra da Fonseca, pelas correções, incentivos e suporte.

À Biblioteca do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, representada por sua competente equipe e, especialmente, aos bibliotecários e assistentes Leandro Teixeira Perpétua, Tábata Cordeiro Silva Soares, Igor Costa, Rosa Angélica de Araújo Sá, Denise Maria Ribeiro Moreira e Rosilene Neves Anézio, pelo imprescindível apoio operacional.

Aos Professores Doutores Gregório Assagra de Almeida e Abraão Soares dos Santos Gracco, pela paciência e pela habilidade em criar dúvidas que sempre enriquecem o debate.

E a todos que, direta ou indiretamente, me auxiliaram a alcançar mais este objetivo, meu muito obrigado.

## RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de natureza tipicamente principiológica, apresenta um leque de direitos fundamentais em seu artigo 5º, permitindo, ainda, a coexistência entre outros direitos fundamentais não previstos neste dispositivo. Dentre o rol de direitos fundamentais, está o direito à privacidade, que, em sua dimensão negativa, resguarda a vida privada do cidadão e a sua intimidade contra ingerências do poder público e de particulares, ao passo que, em sua dimensão positiva, inflige ao Estado o dever de proteger o cidadão das intromissões de particulares ou do próprio Estado. Por outro lado, a Carta Constitucional brasileira consagra o direito fundamental de acesso à informação administrativa, pela qual se exige a divulgação de dados institucionais com o objetivo de informar o cidadão, munindo-lhe de meios para a efetiva fiscalização das despesas públicas. Como decorrência da relatividade dos direitos fundamentais, o direito de acesso à informação administrativa deve existir em harmonia com o direito à privacidade. Nesse sentido, mesmo que o direito à privacidade se submeta a indicadores de constatação de padrões menos rigorosos em face de determinados cidadãos, como os servidores públicos, um padrão mínimo deve ser garantido, sob pena de nulificação do direito fundamental à vida privada. No entanto, a permissão da divulgação da remuneração dos servidores públicos, nominalmente, como vem sendo autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, tende a expô-los desnecessariamente, quanto à sua privacidade, intimidade e segurança. Diante dessa nova realidade e a partir da hipótese de uma equivocada interpretação do conflito entre os princípios supracitados, surge essa tensão. A fim de solucioná-la, a presente dissertação adota como marco teórico o direito fundamental à privacidade, caracterizado como a pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter as suas informações pessoais expostas a terceiros ou ao público em geral. Nessa perspectiva, o objetivo da presente dissertação é aprofundar as discussões que abrangem os dois princípios constitucionais, que são possuidores de igual magnitude e que revelam a fundamentalidade dos direitos envolvidos. Como hipótese, espera-se concluir que a exposição desnecessária de informações administrativas ligadas à privacidade do servidor deve ser evitada, diante da possibilidade de nulificação do direito fundamental à vida privada e intimidade. Tal divulgação, além de propiciar a fragilização pessoal e institucional, não qualifica o direito de acesso à informação. O direito fundamental de acesso à informação administrativa não pode ser explicado a partir de um postulado de

supremacia, mas, sim, a partir de um postulado de proporcionalidade, no qual devem ser percorridas etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Acesso à informação administrativa. Privacidade. Ponderação.

## **ABSTRACT**

Brazil's 1988 Federal Republic Constitution, which is principle oriented in nature, presents a set of fundamental rights in its article 5<sup>th</sup>, while still leaving room for other fundamental rights in other sections. Among these, there is the right to privacy against public authorities or private individual's offenses, and, in its positive dimension, forces the State to take action for the effectiveness of this protection. On the other hand, the Brazilian's Constitution also enshrines the fundamental right of access to administrative information, which requires disclosure of personal data about individuals, allowing the citizens in general to effectively oversee public expenditure. As an outcome of fundamental right's relativity, the right of access to administrative information must coexists in harmony with the right to privacy. Hence, even considering the right of privacy's loosening when it comes to special groups of citizens, like public employees, a minimum level still must be preserved. Otherwise, the fundamental right of private life could be nullified. Disclosure permission of public employees' remuneration, by name, as authorized by the Brazilian Supreme Court in many cases, tends to unnecessarily expose them, threatening their privacy, intimacy and safety. The new cases and the hypothesis of a mistaken interpretation of fundamental right's conflict produce a tension. In order to solve it, this dissertation explores the theoretical framework build upon the right to privacy, interpreted as the individual's claim to not be focus of third parties' vigilance, and to not have his person information exposed in public. From this perspective, the proposed objective is to deepen the discussions that cover these two constitutional principles, which possess equal magnitude. As a hypothesis to be confirmed, unnecessarily administrative information disclosure should be avoided in order to prevent nullifying the fundamental right to privacy and intimate life. Such disclosure, as well as providing personal and institutional weakening, cannot be seen as right of access to information. The fundamental right of access to administrative information cannot be explained from a supremacy postulate, but rather from a proportionality principle, which must follow steps weighted on adequacy, necessity and proportionality in strict sense.

**Keywords:** Fundamental rights. Access to administrative information. Privacy. Weighting.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE HUMANA</b>	<b>15</b>
<b>1.1. Compreensão dos Direitos Fundamentais e a dignidade humana</b>	<b>15</b>
1.1.1. Abrangência da fundamentalidade	22
1.1.2. Conceituação terminológica	27
1.1.3. Características	30
1.1.4. Evolução em sua classificação	32
1.1.5. Eficácia das normas de Direitos Fundamentais	39
1.1.6. Regras e princípios nos Direitos Fundamentais	46
1.1.7. Restrições a Direitos Fundamentais	50
<b>1.2. A eficácia dos Direitos Fundamentais e a dignidade da pessoa humana</b>	<b>56</b>
1.2.1. A consagração da percepção valorativa-progressista	58
1.2.2. A dignidade como princípio fundante dos Direitos Fundamentais	60
1.2.3. A dignidade no plano axiológico e dificuldades na delimitação de seu conteúdo	63
1.2.4. A regra de proteção e o princípio da dignidade da pessoa humana	67
1.2.5. A dignidade e o direito fundamental à autodeterminação informacional	70
<b>CAPÍTULO II – O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE</b>	<b>76</b>
<b>2.1. O Direito Fundamental à privacidade em sua evolução histórica</b>	<b>76</b>
<b>2.2. O contexto de um modelo de direito à privacidade</b>	<b>80</b>
<b>2.3. O direito à vida privada como decorrência da personalidade</b>	<b>86</b>
<b>2.4. A Publicização e a constitucionalização do direito privado</b>	<b>90</b>
<b>CAPÍTULO III – O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À INFORMAÇÃO</b>	<b>93</b>
<b>3.1. A liberdade de expressão e o direito à informação como bens jurídicos</b>	<b>93</b>
3.1.1. O direito ao acesso à informação, e a transparência	98
3.1.2. O direito ao acesso à informação, e a publicidade	104
<b>3.2. O acesso à informação administrativa no Brasil</b>	<b>108</b>
3.2.1. Antecedentes jurídicos	108
3.2.2. O direito fundamental ao acesso à informação no Brasil	116
3.2.3. A reserva da intimidade da vida privada e o limite ao direito à informação administrativa do direito brasileiro	120
<b>3.3. O direito fundamental ao acesso à informação no direito português</b>	<b>123</b>
3.3.1. A reserva da vida privada e o limite ao direito à informação no direito português	128

3.4. O acesso à informação no direito comparado em abreviadas notas	133
3.4.1. O direito à informação administrativa no âmbito comunitário europeu	135
<b>CAPÍTULO IV – A TENSÃO ABERTA E PERMANENTE ENTRE A DIVULGAÇÃO NOMINAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES ESTATAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE</b>	<b>139</b>
4.1. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e suas críticas	140
4.1.1. Quando a interpretação constitucional se torna ofensa ao núcleo essencial dos direitos fundamentais	150
4.2. A divulgação nominal de salários como prática violadora de Direitos Fundamentais	154
4.2.1. A remuneração do cargo e o sigilo fiscal	156
4.2.2. A remuneração e as garantias individuais	159
4.2.3. Os direitos da personalidade e o <i>status</i> preferencial na Lei nº 12.527/11	162
4.2.4. O risco pessoal e familiar	167
4.2.5. A nova orientação do CNJ e o reconhecimento da fragilidade do Sistema	171
4.3. A máxima da proporcionalidade	173
4.4. Uma tentativa de solução prática por meio da técnica da ponderação	176
4.5. Da possibilidade de adoção de medidas judiciais pelo servidor público diante da violação da privacidade	184
4.5.1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental	187
4.5.2. Ação direta de inconstitucionalidade por ação – ADI por ação	193
4.6. A aplicação dos cânones da hermenêutica constitucional – uma releitura	197
<b>CAPÍTULO V – CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>203</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>223</b>

## INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA

Se tradicionalmente a tutela da privacidade destinava-se à proteção contra intromissões indesejadas no âmbito pessoal, nos últimos tempos, verifica-se uma inegável modificação de seu perfil, pois esse direito fundamental passou a relacionar-se com uma série de interesses e valores.

Fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à privacidade revela-se como garantia constitucional ao pleno desenvolvimento do indivíduo, propiciando-lhe o alargamento de suas potencialidades relativas à liberdade, à crença e à consciência, influenciando diretamente no seu poder de autodeterminação.

Como característica, a privacidade ostenta uma dupla dimensão: subjetivamente, apresenta-se como garantia individual de exigir do Estado e de particulares determinados comportamentos positivos ou negativos; objetivamente, apresenta-se na condição de sistema de valores de um Estado Democrático de Direito, que funciona ao mesmo tempo como diretriz e como limite ao poder público.

Em constante tensão com este direito fundamental, está, todavia, outro da mesma estatura: o direito fundamental de acessar a informação pública.

Nos termos do artigo 5º, XXXIII, da Carta Constitucional de 1988, "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

Este direito, usualmente denominado pela doutrina como direito geral de informação, assume relevante valor no cenário republicano, em que os valores da moralidade e impessoalidade só podem se concretizar com a garantia de uma efetiva fiscalização aberta à sociedade. Clama-se, assim, pela máxima transparência, que só se torna possível quando o Estado expõe suas informações. Por óbvio, o direito de acesso à informação, assim como todos os direitos fundamentais, não é absoluto, cedendo espaço a outros direitos em situações de tensão.

Nesse contexto, a partir da edição das Resoluções nº 151/2012 e nº 89/2012, do Conselho Nacional da Magistratura (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público

(CNMP), a divulgação de informações administrativas passou a alcançar a remuneração dos ocupantes de cargos públicos, que passou a ser divulgada na rede mundial de computadores, indicando-se o nome do respectivo servidor. Esta prática foi instaurada pela orientação contida no Decreto nº 7.724/2012, de 16 de maio, que regulamentou a LAI no âmbito federal.

Evidencia-se, dessa maneira, a existência de uma tensão entre direitos fundamentais, pois, a pretexto de demonstrar as despesas e os gastos públicos, o Estado invade um campo sensível da privacidade do servidor público – cidadão como qualquer outro.

Logo, o problema que se apresenta na investigação que ora se propõe é a duvidosa compatibilidade deste procedimento administrativo de divulgação com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Indaga-se, assim, se divulgar a remuneração de um servidor público, com a vinculação de seu nome, é medida administrativa violadora da privacidade e intimidade. Mais ainda, indaga-se se esta divulgação é realmente necessária, ou seja, divulgar o nome de um servidor público atrelado ao valor de sua remuneração concretiza o direito à informação de tal maneira que se justifique a patente violação à sua privacidade e intimidade?

Diante da notável tensão entre os direitos fundamentais envolvidos, esta investigação, apresentada como dissertação de mestrado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pretende identificar qual desses direitos deve preponderar no caso concreto: o direito à privacidade/intimidade ou o direito de obtenção de informações dos órgãos públicos, sugerindo-se uma releitura sobre o conflito exsurgido.

O marco teórico adotado na presente investigação é o direito fundamental à privacidade, que, segundo a lição de Gilmar Ferreira Mendes, em sentido mais estrito, conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter suas informações pessoais expostas a terceiros ou ao público em geral.

O objetivo geral desta investigação é analisar a compatibilidade entre a divulgação nominal da remuneração dos servidores públicos com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, visando aos objetivos específicos de (i) revelar como o ordenamento jurídico brasileiro e o internacional abordam o direito à informação administrativa; (ii) examinar como as múltiplas extensões desse direito fundamental estão sendo examinadas pelo Supremo Tribunal Federal; (iii) verificar uma perspectiva que permita uma nova releitura sobre o conflito exsurgido, levando em conta a privacidade do servidor público e (iv) indicar,

as medidas judiciais possíveis para se fazer cessar eventual lesão ao direito fundamental à privacidade e intimidade.

Como hipótese, espera-se demonstrar que a divulgação nominal dos salários restringe, de forma desnecessária, direito fundamental dos servidores públicos. Primeiro, porque representa violação injustificada da privacidade e intimidade do servidor público. Segundo, porque a medida não é necessária para concretizar o direito de acesso à informação, que poderá ser resguardado por meio de outras práticas administrativas.

Considerando a necessidade de analisar as noções de eficácia, de eficiência e de efetividade das relações entre Direito e sociedade, a investigação proposta se adequa à vertente jurídico-sociológica. Por essa razão, a investigação possui caráter multidisciplinar, utilizando-se dos centros de conhecimento concernentes ao Direito Constitucional, Teoria da Constituição, Direito Administrativo e Direito Civil.

Como tipo de investigação mais adequado ao problema analisado, optou-se por utilizar aquele denominado jurídico-interpretativo, que realiza uma análise aprofundada dos direitos fundamentais envolvidos em seus diversos aspectos. Dada a localização científica da ciência jurídica como ramo das Ciências Sociais Aplicadas, a presente dissertação também observa o tipo de investigação jurídico-propositivo, pois, além de questionar a prática de divulgação nominal de salários, propõe uma mudança de postura administrativa e indica, pragmaticamente, as medidas judiciais a serem adotadas pelo servidor público invadido em sua privacidade e intimidade.

De forma a se alcançar o resultado pretendido, o presente trabalho foi dividido em quatro capítulos. No primeiro, realiza-se uma digressão sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, abordando sua origem histórica, evolução conceitual, sua fundamentação na dignidade humana e as condições a serem observadas para proceder à restrição desses direitos.

Posteriormente, em razão da importância dos dois direitos fundamentais que compõem o problema desta investigação, optou-se por trabalhar separadamente os direitos fundamentais à privacidade e à informação, dedicando-se para tanto os capítulos II e III, nos quais é realizado um estudo sobre seus principais aspectos. No que tange à privacidade, buscou-se compreender seu conteúdo jurídico e analisar sua categorização como um direito da personalidade. Já no capítulo IV, o estudo sobre o direito de acesso à informação analisa sua relação com a transparência e a publicidade e seus antecedentes normativos no Brasil, bem

como o tratamento de seus limites. O capítulo é complementado com uma análise sobre o acesso à informação no direito comparado, dando-se ênfase ao tratamento dado à matéria pelo direito português.

Após tais análises, que, apesar de aprofundadas, não esgotam o estudo do tema, dedica-se à problematização do conflito entre os direitos fundamentais envolvidos. E, por fim, são apresentados argumentos doutrinários, indicando uma nova releitura do conflito que, sob o manto da Constituição, harmonize a privacidade e o acesso à informação, primando pela máxima efetividade das normas constitucionais.

# CAPÍTULO I – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE HUMANA

## 1.1. Compreensão dos Direitos Fundamentais e a dignidade humana

Desde o início da evolução do racionalismo humano, a antiga e fértil construção dos direitos fundamentais encontrou na luta pelo direito o objetivo maior das sociedades.

Assim, a concepção moderna dos direitos fundamentais é fruto de uma construção histórica associada à ideia de limitação do poder estatal. Ela surgiu no lastreio de um lento processo em que se associaram fatores filosóficos, políticos, econômicos, sociais e culturais. Tanto é que os direitos individuais, a constituição escrita, e a separação de poderes se traduzem na expressão do pensamento político do século das luzes.

Um conjunto de valores, direitos e liberdades fez surgir os direitos fundamentais, com a finalidade de cumprir a função de defesa da sociedade, com a limitação normativa ao poder estatal.

Com isso, advindo a necessidade de formatar esse conjunto, essas garantias foram positivadas em um instrumento que limitou a ação estatal e que traçou as linhas de todo o ordenamento jurídico interno: a Constituição. Entretanto, tal instrumento não pôde conter o alargamento dos direitos fundamentais no plano interno, alcançando-se, desta maneira, o plano internacional.

Os direitos individuais, considerados direitos inatos da pessoa humana, projetados nas Declarações de Direitos ou positivados nas Constituições oitocentistas, despontaram como direitos oponíveis ao Estado, traduzindo-se em direito de defesa contra o poder estatal, consoante Robert Alexy.<sup>1</sup> Esses direitos *prima facie* definiram para o Estado o que era lícito

---

<sup>1</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 433.

ou não, e, uma vez limitado o poder, deixaram fora de sua abrangência um núcleo irredutível de liberdade.<sup>2</sup>

O termo “direitos fundamentais” surgiu em 1770, na França, como baliza político-cultural que irrompeu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.<sup>3</sup>

Os fundamentos cognitivos para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais a ela inerentes ocorreram a partir do período axial (século VII a II a.C.), oportunidade em que o ser humano passou a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as diversas diferenças de sexo, raça ou costumes sociais.<sup>4</sup>

Os direitos fundamentais humanos não surgiram ou foram reconhecidos como tais de forma súbita, mas construídos de modo lento ao longo da história da humanidade. Um núcleo mínimo de direitos para tutelar a vida humana com dignidade foi o resultado inicial de lutas constantes em favor da proteção da pessoa humana.

Os direitos fundamentais passaram a existir, inicialmente, como instrumento de limitação do poder estatal, visando assegurar aos homens um nível máximo de fruição de sua autonomia e liberdade.<sup>5</sup>

Alexandre de Moraes aponta a origem dos direitos individuais do homem no antigo Egito e na Mesopotâmia (século III a.C.), quando já eram conhecidos alguns mecanismos para proteção individual em face do Estado. O Código de Hamurabi (1690 a. C.) surge como a primeira compilação a consagrar um elenco de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade e a honra, com previsão de supremacia das leis em relação aos governantes. A propagação das ideias de igualdade entre os homens nos ensinamentos de Buda, influenciada pela filosofia religiosa, pôde ser sentida (500 a. C.) e, posteriormente, na Grécia, surgiram vários estudos sobre a igualdade, a liberdade do homem e a participação política (Democracia de Péricles). A crença em um direito natural anterior e posterior às leis escritas era defendida pelos sofistas e estoicos (como por exemplo na obra *Antígona*, 441 a.C.). Contudo, para o mencionado autor, a *Lei das Doze Tábuas*, do direito romano, pode ser

---

<sup>2</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6.

<sup>3</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 321-324.

<sup>4</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 20-24.

<sup>5</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 31.



considerada a origem de textos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão, por meio de complexos mecanismos de interditos contra os arbítrios estatais. A divulgação da fé cristã, sem vinculação à origem, à raça, ao sexo ou ao credo, com a sua mensagem de igualdade, influenciou do mesmo modo os direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana.<sup>6</sup> É que o cristianismo, em linhas gerais, assemelhava o homem a Deus, com a indicação da igualdade como um dos pressupostos fundamentais, elevando o homem a um patamar novo de dignidade. Assim, os direitos fundamentais possuem caráter histórico.

Os direitos fundamentais eclodiram no final do século XVIII, por meio das revoluções liberais americana e francesa e ganharam novas dimensões após a Segunda Guerra Mundial, mais precisamente com o novo constitucionalismo, que passou a conceber a Constituição como lei fundamental. Diante de tal acepção, composta de valores principiológicos vinculativos, surgiram novas dimensões em relação aos direitos fundamentais, consoante Gregório Assagra de Almeida.<sup>7</sup>

Entre os documentos históricos em que se proclamaram um conjunto de direitos do homem com diminuição do poder monárquico, destacam-se a Magna Carta (1215, Inglaterra), o *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Act of Settlement* (1701)<sup>8</sup>, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia (16 de junho de 1776), a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (26 de agosto de 1789, França) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (10 de dezembro de 1948, ONU), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993) e a Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural (2001, Unesco).<sup>9</sup>

Com a formação do Estado Moderno, no final da idade média e em meados do século XVIII, começaram a surgir estatutos de direitos individuais, notadamente oponíveis ao Estado. O primeiro registro de utilização da expressão direito do homem (*jura hominum*) se

---

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 24-25.

<sup>7</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma *summa divisio* constitucionalizada.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 298.

<sup>8</sup> MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. **Meio ambiente e direitos humanos.** Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 7, n. 28, out./dez. 2002, p. 119.

<sup>9</sup> REMÉDIO, José Antônio; REMÉDIO, David Pereira. **Direitos fundamentais coletivos e difusos.** In: KIM, Richard Pae (coord.); BARROS, Sérgio Resende de (coord.), *et al.* Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 46-69.

deu na história diplomática *rerum Bataviarum*, de Volmerus, em 1537. No *Edicto de Nantes* (1598) são encontradas as primeiras referências diretas e alguns direitos do homem, como a tolerância e o respeito à liberdade de consciência.<sup>10</sup>

Nos Estados Unidos, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, proclamada em 1776, reconheceu que o poder emana do povo e que todos os seres humanos são iguais perante a lei, livres e independentes, possuidores de direitos inatos e inalienáveis, cuidando-se de notável avanço aos direitos fundamentais humanos.<sup>11</sup>

No campo do Direito Internacional, os direitos humanos passaram a deter concreta proteção a partir da Segunda Guerra Mundial. O ser humano, após esse episódio, foi alçado ao primeiro nível do Direito Internacional, que passou até mesmo a tratar da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado, na medida em que o cidadão, antes vinculado à sua nação, tornou-se progressivamente cidadão do mundo.<sup>12</sup>

Evidenciou-se o caráter universal dos direitos humanos a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta sublimou a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade desses direitos, porque brada pela extensão universal dos direitos humanos. Assim, sob o entendimento de que a condição de pessoa é o único requisito para a dignidade e titularidade de direitos, também brada pela indivisibilidade desses direitos, porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para observância dos direitos sociais, econômicos e culturais. Observe-se que, se um destes direitos é violado, os demais também são.<sup>13</sup>

No âmbito de atuação das Nações Unidas, com inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, é identificável um sistema universal de promoção e proteção dos direitos humanos, alicerçado nos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Este sistema coexiste com diversos outros sistemas regionais, entre os quais o europeu (baseado na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950), o Interamericano (fundado

---

<sup>10</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 35.

<sup>11</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 119.

<sup>12</sup> GÓIS, Ancelmo César Lins de; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. **Direito Internacional e globalização em face de questões de direitos humanos**. Revista CEJ, Brasília, n. 11, p. 92, maio/ago. 2000.

<sup>13</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e globalização**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIERA, Oscar Vilhena (cords.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 196.

na Convenção Americana sobre a Proteção de Direitos Humanos, de 1969) e o Africano (baseado na Carta Africana do Direito do Homem e dos Povos, de 1981).

Segundo Jorge Alberto de Oliveira Marum, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de característica liberal, foi a base principiológica da nova ordem constitucional, marcando ainda o fim do antigo regime monárquico”.<sup>14</sup> Aprovada em 26 de agosto de 1789, tal declaração considerava como fundamento que “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos”. Esta citação tornou-se o preâmbulo da Constituição francesa de 3 de setembro de 1791 e referência para as Constituições de 1852, 1946 e 1958”.<sup>15</sup>

Assim, os pressupostos filosóficos do Estado liberal, advindos das investigações jusnaturalista, fizeram surgir a doutrina dos direitos do homem. Tal doutrina concebia no homem, em sua natureza, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à felicidade. De acordo com estes pressupostos, cabia ao Estado o respeito e a proteção desses direitos fundamentais, devendo o poder estatal garanti-los. Tais postulados encontram-se presentes na base das Declarações dos Direitos dos norte-americanos (1776) e franceses (1789), quando se firmaram os princípios do Estado Liberal e suas limitações de poder.<sup>16</sup>

Como meio de garantir a proteção aos direitos fundamentais, foi necessária a sua incorporação ao direito positivo, diante da constatação de falta de eficácia das declarações.<sup>17</sup> Este processo de positivação, assentado na cultura jurídica e política, entende que os direitos não podem mais ser concretizados sem que ocorra a força precisa de sua concretização. Assim, os novos textos constitucionais, advindos do constitucionalismo liberal do século XIX e do novo constitucionalismo do século XX, forneceram positivação efetiva aos direitos fundamentais. Desse modo, da transição do Estado Liberal ao Estado Social, surgiram preocupações com as liberdades e o bem-estar dos cidadãos influenciados pela industrialização que emergia.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. **Meio ambiente e direitos humanos**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 7, n. 28, out./dez. 2002, p. 120.

<sup>15</sup> FRANÇA. Presidência da República: **Bem-vindo ao Senado Francês**. Disponível em: <[http://www.senat.fr/lng/pt/declaration\\_droits\\_homme.html](http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html)>. Acesso em: 30 jan. 2015.

<sup>16</sup> FRABRIZ, Daury César. **A estética do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 220-221.

<sup>17</sup> LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 56.

<sup>18</sup> SARMENTO, Daniel. **Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social: pós-modernidade constitucional**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crises e desafios da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 385-386.

Direitos assistenciais e sociais foram consagrados no âmbito constitucional. Os direitos fundamentais passaram de simples limitações ao poder estatal para prestações positivas, obrigações do Estado.

Referente à constitucionalização dos direitos do homem, na concepção de Ana Maria D'Ávila Lopes, estes realizam-se de três modos específicos: como cláusulas gerais ou *lex generalis*, como casuísticos ou *leges speciales* ou forma mista. A percepção dos três modos acima apresenta implicações expressivas. O primeiro modo, como cláusula geral, estabelece imposição de limites ao legislador na sua função de concretizar os direitos humanos, exigindo do judiciário redobrado esforço interpretativo. O segundo esclarece que o rol dos direitos fundamentais não é taxativo e nem implica em *numerus clausus*. A melhor opção para a autora é a mista. A constitucionalização dos direitos fundamentais leva a algumas consequências: a) normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; b) normas submetidas ao processo agravado de revisão constitucional; c) normas que limitam materialmente a própria revisão; d) normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos, constituindo parâmetros de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais, e) normas protegidas pelo controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos que pretendem regulá-las, esta, sem dúvida, a consequência mais importante.<sup>19</sup>

A Constituição portuguesa de 1822, destacada referência de proclamação de direitos individuais, estipulava já em seu Título I, Capítulo Único, os direitos individuais dos portugueses, consagrando, dentre outros, os seguintes direitos: *igualdade, liberdade, segurança, propriedade, desapropriação somente mediante prévia e justa indenização, inviolabilidade de domicílio, livre comunicação de pensamentos, liberdade de imprensa, proporcionalidade entre delito e pena, reserva legal, proibição de penas cruéis ou infamantes, livre acesso aos cargos públicos, inviolabilidade da comunicação de correspondência*. Salienta Alexandre de Moraes que a liberdade de imprensa era muito relativizada na ocasião, como evidencia o artigo 8º da mencionada Constituição portuguesa, que previa a possibilidade de censura pelos bispos dos escritos publicados sobre dogma e moral.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limite ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 15-16.

<sup>20</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 29.

Consideráveis conquistas sociais também foram perceptíveis nas Constituições Mexicana, de 1917, e na Alemã (Weimar), de 1919. Destacou-se a primeira por seus avanços nas garantias de direitos trabalhistas e na educação. O ensino primário passou a ser obrigatório, conferindo-se gratuidade à educação fornecida pelo Estado. Destacou-se a segunda pelas garantias de liberdade de pensamento e inviolabilidade de comunicações (correspondência, telégrafo e telefone). Assegurou-se ainda na segunda o casamento como fundamento da família, a liberdade de crença, a educação obrigatória e gratuita, a propriedade, a sucessão e a liberdade contratual, os direitos trabalhistas, a seguridade social, a proteção à maternidade, dentre outros.<sup>21</sup>

Posteriormente, na base principiológica do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais bradaram por ideais de moralidade e de justiça social, diante de igualdade e de solidariedade afirmadas, mas estas últimas somente se efetivam após a segunda metade do século XX, em razão da reaproximação entre a ética e o direito.<sup>22</sup>

Destarte, os direitos fundamentais ganharam posição de realce na dogmática jurídica, adquirindo o *status* constitucional, por volta do século XIX, com a formação dos Estados Sociais.

O Estado deixou, assim, de ser o principal inimigo das liberdades públicas e direitos sociais, passando a exercer uma postura de abstenção e proteção dos direitos fundamentais, irradiando reflexos por todo o ordenamento vigente a partir da prevalência do princípio da supremacia da constituição, tendo como embasamento a dignidade da pessoa humana.

Portanto, os direitos fundamentais surgiram da necessidade de proteção da vida humana, especialmente contra o poder soberano. Estes mesmos direitos prosperaram para a proteção da vida humana com dignidade, ou seja, aquinhoadas de um mínimo existencial, como a liberdade, a integridade física e a alimentação, que fornecessem condições ao homem para ser feliz e se qualificar como sujeito moral. Modernizaram-se os direitos fundamentais, em sua teoria, para também limitar o poder de um particular sobre o outro em uma eficácia horizontal.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30-31.

<sup>22</sup> SILVA, Cleber Demétrio de Oliveira da. **O princípio da solidariedade.** Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9315>>. Acesso em: 26 jan. 2015.

<sup>23</sup> NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **Direitos fundamentais dos animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos.** Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 277-278.

Os direitos humanos fundamentais são conquistas dos povos, uma decorrência de lutas históricas e rupturas sociais em favor da pessoa humana. Eles tinham como objetivo a dignidade e a consolidação de garantias para protegê-los dos abusos do poder praticados pelo Estado Soberano.

Assim, os direitos fundamentais surgiram no Estado Liberal em oposição ao Estado absolutista e estão em constante aprimoramento, em virtude de marcos históricos e dos crescentes interesses pelo poder.

#### 1.1.1. Abrangência da fundamentalidade

O lema da liberdade, igualdade e fraternidade entre todos os homens e suas garantias individuais marcou o surgimento dos direitos fundamentais no mundo moderno, capitaneados pela Revolução Francesa de 1789. Teve como cenário a ingerência abusiva e lesiva do Estado Soberano na vida privada de seus súditos.

Os direitos fundamentais, nos moldes em que se encontram na atualidade, foram reconhecidos em sua fundamentalidade pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como um dos marcos da Revolução Francesa. Destaca-se no documento o seu art. 16, no qual se verifica que os direitos fundamentais são imprescindíveis para o reconhecimento constitucional de um Estado. No documento, “os direitos fundamentais ganharam um contorno universalizante, consagrando princípios e garantias individuais que influenciaram e continuam a influenciar as constituições contemporâneas”.<sup>24</sup>

Os direitos fundamentais se encontram normatizados e positivados nos textos constitucionais modernos e são oriundos da própria natureza do homem como ser humano, sendo, assim, inadmissível sua supressão ou desrespeito.

Estes direitos fundamentais constituem o núcleo mínimo e indevassável de qualquer ordenamento jurídico dotado de inegável conteúdo ético, constituindo valor básico para a vida em sociedade.

---

<sup>24</sup> COSTA JÚNIOR, Ademir de Oliveira; MELLO, Adriana Zawada. **Eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais**. In Revista Mestrado em Direito da UNIFEO, ano 7, n. 1 Osasco, 2007, p. 258.

Todos os direitos fundamentais encerram em si um caráter normativo supremo dentro do Estado, tratando-se de direitos subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas contidos em dispositivos constitucionais. Têm como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.<sup>25</sup>

Para a teoria moralista<sup>26</sup>, os direitos fundamentais decorrem da consciência moral e experiência de determinada sociedade, permitindo, muitas vezes, ir além do direito posto.<sup>27</sup> Ou seja, decorrem da convivência e da experiência do convívio no seio social de um determinado povo, que acaba por configurar o denominado *espiritus razonables*.<sup>28</sup> Assim, os direitos fundamentais não são oriundos de uma ordem natural e também não decorrem do direito positivo, possuindo como fundamento a consciência moral de um povo.

Na concepção de Antonio Enrique Perez Luño, para os seguidores desta teoria, não se outorga ao processo de positivação um significado declaratório ou constitutivo, pois se entende que um elemento diverso pressupõe o processo de positivação. A positivação não se consubstancia como ponto final de um processo, mas, ao contrário, como ponto inicial para o incremento das técnicas de proteção dos direitos fundamentais.<sup>29</sup>

Constata-se, por meio desta teoria, que a natureza jurídica dos direitos fundamentais é vinculada à ética, observando-se características decorrentes da ideia de dignidade humana. Reconhece-se, pois, a necessidade da historicidade e da positivação dos valores para a constituição de sua natureza jurídica. Não pode ser confundida, assim, com a teoria do jusnaturalismo, relacionado a uma ordem eterna de valores, que desconsidera os acontecimentos históricos.

Norberto Bobbio, adepto da teoria moralista, sustenta que não se pode propor a busca de um fundamento absoluto dos direitos do ser humano, pois a fundamentação desses direitos implicaria o apelo a valores últimos, os quais não se justificam, se assumem. Deste modo, o problema filosófico dos direitos do ser humano não pode ser dissociado do estudo dos

---

<sup>25</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

<sup>26</sup> Também conhecida como Teoria de Chaïm Perelman ou teoria ético-axiológica.

<sup>27</sup> MORO, Raquel Gruske, **Teorias fundamentais, direitos humanos revisto**. Disponível em: <<http://direitoshumanosrevisto.blogspot.com/2013/07/teorias-fundamentais.html>>. Acesso em 14 jan. 2015.

<sup>28</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 34-35.

<sup>29</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 58.

problemas históricos, sociais, econômicos e psicológicos inerentes às suas realizações: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios.<sup>30</sup>

Para a teoria jusnaturalista, a fonte da lei é o ser humano, conforme Celso Lafer. O jusnaturalismo representa a reivindicação da autonomia da razão e não mais Deus ou os costumes. Assim, os direitos fundamentais humanos eram vistos como direitos inatos e considerados como verdades evidentes. O jusnaturalismo, a princípio, foi a premissa dos direitos fundamentais, mas, *a posteriori*, o positivismo trouxe as grandes declarações de direitos, reforçando a segurança jurídica dos direitos e delimitando os direitos de defesa e de prestação perante o Estado.<sup>31</sup>

O jusnaturalismo defende a essência da natureza humana como fonte dos direitos fundamentais, havendo valores superiores à sua historicidade e seu ordenamento político positivo. Desse modo, os direitos fundamentais não são oriundos de uma concepção de legisladores ou tribunais.

Portanto, diante da necessidade de se construir um ordenamento jurídico novo, rompendo-se com o absolutismo e em razão do intervencionismo estatal nas relações privadas, surgiu o positivismo jurídico como reação ao jusnaturalismo. Tal evolução se deu a partir das revoluções burguesas do século XVIII.

No jusnaturalismo, o fundamento de validade da norma está em sintonia com a norma de justiça que lhe orienta o valor. Contrariamente, as teorias positivistas rejeitam a existência de uma autoridade transcendente, concebendo apenas a existência de ordem terrena do direito posto emanada dos seres humanos.

Para os seguidores da corrente positivista, o direito natural não integra o direito, conforme afirma André Ramos Tavares, constituindo apenas “uma categoria de regras morais, filosóficas ou ideológicas que, no máximo, influenciam o direito”. Assim, para o mencionado autor, do ponto de vista positivista, apenas “quando a este incorporadas é que se podem considerar normas cogentes. Partindo de tais premissas, concebe-se a positivação não mais com um cunho declaratório, mas como ato de criação, e, pois, constitutivo”.<sup>32</sup>

Por conseguinte, o positivismo percebe o direito como padrões de condutas conferidos pelo poder social e sanções cogentes. Assim, para um positivista, o direito se refere a um

---

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

<sup>31</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 123.

<sup>32</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 348.



sistema de normas válidas, como se ao pensamento e práticas jurídicas apenas interessasse o que certos órgãos do poder social impõem e rotulam como direito.<sup>33</sup>

Mas não é bastante a justificação dos direitos fundamentais através de suas inúmeras teorias. O importante é protegê-los, na lição de Norberto Bobbio, cuidando-se de questão política e não filosófica.<sup>34</sup>

Sob o tema, Alexandre de Moraes bem aborda a questão:

A incomparável importância dos direitos humanos fundamentais não consegue ser explicada por qualquer das teorias existentes, que se mostram insuficientes. Na realidade, as teorias se completam, devendo coexistir, pois somente a partir da formação de uma consciência social (teoria de Chaïm Perelman), baseada especialmente em valores fundados numa ordem superior, universal e imutável (teoria jusnaturalista), é que o legislador ou os tribunais (principalmente nos países anglo-saxões) encontram substrato político e social para reconhecerem a existência de determinados direitos humanos fundamentais como integrantes do ordenamento jurídico (teoria positivista). O caminho inverso também é verdadeiro, pois, o legislador ou os tribunais necessitam justificar o reconhecimento ou a própria criação de novos direitos humanos a partir de um processo na consciência social, originada em fatores sociais, econômicos, políticos e religiosos.<sup>35</sup>

O que diferencia os direitos fundamentais em relação a qualquer outro direito é a sua universalidade e seu alicerce, é o princípio da dignidade humana. Conforme refere Gregório Assagra de Almeida, “poderá acontecer que um direito substancial não seja em si fundamental, mas a proteção no caso em concreto torna-se fundamental”. Para o referido autor, a expressão direitos fundamentais tem valor assentado na sua própria dimensão substancial, não comportando classificação aberta ou fechada, pois a situação em si é que o dirá da perfeita diferenciação.<sup>36</sup>

O Tribunal Constitucional Federal alemão assegura que as normas de direitos fundamentais se consubstanciam em uma ordem objetiva de valores, com influência direta sobre todas as áreas do direito. Assim, as decisões sob esta abordagem fornecem diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a jurisprudência.<sup>37</sup> Tal concepção encontra sustentáculo nos ensinamentos de Robert Alexy, para quem os direitos fundamentais têm força irradiante por todo o ordenamento jurídico, inclusive sobre leis ordinárias, fornecendo

<sup>33</sup> LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 30.

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

<sup>35</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 35.

<sup>36</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 292 e 310.

<sup>37</sup> CORGOSINHO, Gustavo. **Defensoria Pública: princípios constitucionais e regime jurídico**. Belo Horizonte: Dictum, 2009, p. 58.

diretrizes para todos os poderes. Para o mencionado autor, as normas de direito fundamental classificam-se naquelas diretamente estabelecidas pela constituição e naquelas adstritas às anteriores, contidas em nível infraconstitucional.<sup>38</sup>

Observando o tema sob a mesma perspectiva objetiva, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que os direitos fundamentais são posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto constitucional e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal.<sup>39</sup> Desse modo, compreende-se melhor os direitos fundamentais e se pode distingui-los dos demais direitos, pois eles se encontram fora da esfera de disponibilidade do legislador e dos demais poderes, uma vez que estão constitucionalizados. O que significa, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, “a incorporação dos direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu conhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”.<sup>40</sup>

Isto posto, garante-se a possibilidade de controle jurisdicional dos atos normativos que regulam tais direitos, adotando-se como paradigmas os direitos fundamentais positivados na constituição, que têm o caráter de normais jurídicas vinculadas.

Desta forma, os direitos fundamentais são oponíveis (oponibilidade *erga omnes*) a todos que estejam sob a égide da Constituição. Do mesmo modo, é dever do Estado e de seus órgãos observá-los ao criar normas e fazê-los respeitar, assim como protegê-los de eventuais abusos que possam sofrer quando implementados nas relações entre particulares. Por outro lado, os cidadãos, no cotidiano dos atos da vida civil, não podem ignorá-los, devendo os direitos fundamentais permear todas as relações jurídicas que se estabelecem no seio da sociedade.

É importante enfatizar que a fundamentalidade dos direitos se encontra vinculada à garantia da não ingerência dos poderes do Estado na esfera individual e à consagração da dignidade humana, adquirindo-se, assim, um reconhecimento universal, seja em patamares

---

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 70.

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 78.

<sup>40</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

constitucional, infraconstitucional, consuetudinário, seja em tratados ou em convenções internacionais.<sup>41</sup>

### 1.1.2. Conceituação terminológica

A conceituação terminológica de “direitos fundamentais” mostra-se controvertida, pois existem expressões que vêm sendo utilizadas de forma similar, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos objetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”.<sup>42</sup>

Embora alguns autores entendam que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais sejam sinônimas, parte da doutrina sustenta que existem diferenças entre elas, sendo necessário compreender cada uma delas, ainda que resumidamente. Não obstante ambiguidades e a falta de consenso conceitual-terminológico, diferenciações significativas são notadas entre as terminologias empregadas.

Inexiste qualquer dúvida de que os direitos fundamentais são também direitos humanos, na acepção de que o seu titular será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos, tais como grupos, povos, nações, Estado.

Verifica-se que a expressão “direitos fundamentais” aplica-se àqueles direitos atribuídos à pessoa humana, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.<sup>43</sup> De outro modo, a expressão “direitos humanos” relaciona-se a documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada

---

<sup>41</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 41.

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 260.

<sup>43</sup> Cfr., por todos, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393.

ordem constitucional. Portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e em todos os lugares; revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.<sup>44</sup>

Não se afigura correta a equiparação do termo direitos humanos a direitos naturais, pois já se evidenciou, de forma incontroversa, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam, ao menos em parte, da ideia de um direito natural. Em seu aspecto histórico, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) se firmam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal, e, para alguns, até mesmo supraestatal. Trata-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos, ou seja, aqueles outorgados a todos os homens pela sua singela condição humana, mas, neste caso, de direitos não positivados.<sup>45</sup>

Os direitos do homem, os direitos humanos e os direitos fundamentais são valores coligados à dignidade humana, na concepção de George Marmelstein. Os direitos do homem (no sentido de direitos naturais) não estão positivados e, na verdade, não seriam propriamente “direitos”, mas valores éticos-políticos, possuindo um conteúdo bastante semelhante ao direito natural. Os direitos humanos encontram-se positivados no plano internacional por meio de tratados. Já os direitos fundamentais, não somente se encontram ligados à dignidade humana, mas também à limitação de poderes. Assim, os direitos fundamentais são normas jurídicas fortemente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder. São positivadas no plano constitucional e, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.<sup>46</sup>

Na realidade, as diferenças existentes entre direitos fundamentais e direitos humanos estão ligadas às fontes das quais estes direitos emanam.

Então, a expressão “direitos fundamentais” designa as posições jurídicas básicas reconhecidas como tais pelo Direito Constitucional positivo de um Estado em um dado

---

<sup>44</sup> Nesse sentido, dentre outros, a lição de MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, 2. ed. Vol. 4, p. 51-52, citando-se a título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Europeia de Direitos do Homem (1951), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) dentre outros documentos que integram o sistema internacional dos direitos humanos.

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 29-30.

<sup>46</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 17-23.

momento histórico.<sup>47</sup> Estão, por consequência, positivados na Constituição. A expressão “direitos humanos” refere-se aos direitos básicos da pessoa humana, positivados em tratados, reconhecidos no âmbito dos documentos de direito internacional, ou seja, direitos cuja validade desconhece “fronteiras nacionais ou comunidades éticas específicas, por que afirmados” por fonte de direito internacional.<sup>48</sup>

No entendimento de Antonio Enrique Pérez Luño, a terminologia “direitos humanos” adquiriu um conceito significativo mais amplo e ambíguo que a noção de direitos fundamentais. Estes últimos adquiriram um sentido mais preciso e restrito, porquanto se constituem no conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado. São, assim, direitos delimitados especial e temporariamente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.<sup>49</sup>

Na concepção de José Joaquim Gomes Canotilho, direitos fundamentais são essencialmente “direitos de autonomia e direitos de defesa”. São caracterizados como individuais, porque pertencem exclusivamente à pessoa, e o Estado deve zelar pelo seu cumprimento.<sup>50</sup>

Deste modo, relevante se mostra a concepção de Pedro Cruz Villalon sobre os direitos fundamentais. Em seu entendimento, os direitos fundamentais nascem e perecem com as constituições, sendo resultantes, portanto, da convergência entre as noções de direitos naturais do homem e da própria ideia de constituição.<sup>51</sup>

Luigi Ferrajoli conceitua os direitos fundamentais como “todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, de cidadão ou de pessoas com capacidade de agir”.<sup>52</sup> Assim, para o mencionado autor, os direitos subjetivos como expectativa positiva ou negativa, e o *status* de pessoa, de cidadão ou pressuposto de todo sujeito para ser titular de situações jurídicas ou

---

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 31.

<sup>48</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 8.

<sup>49</sup> Cfr. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 46-47.

<sup>50</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.396.

<sup>51</sup> Cfr. VILLALON, Pedro Cruz. **Formación y evolución de los derechos fundamentales**. *Revista Española de Derecho Constitucional* 25/41-42, 1989.

<sup>52</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés et al. Madrid: Trotta, 2001, p. 19.

para exercer pessoalmente as faculdades definidas por aquelas expectativas, seriam ancorados em norma jurídica positiva, constitucional ou infraconstitucional.

Na concepção de Alexandre de Moraes, os direitos fundamentais se constituem em um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano. Têm por finalidade básica o respeito à dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.<sup>53</sup>

Ana Maria D'Ávila Lopes sintetiza os direitos fundamentais como os princípios “jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal”.<sup>54</sup>

### 1.1.3. Características

Os direitos humanos fundamentais apresentam diversas características, considerando as suas previsões em elevada posição hermenêutica, situando-se, assim, em patamar superior em relação aos demais direitos, o que lhes garante força normativa em grau máximo. Entre estas características, destacam-se a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a inviolabilidade, a universalidade, a efetividade, a interdependência e a complementariedade, conforme Alexandre de Moraes.<sup>55</sup>

A *imprescritibilidade* lhes garante a peculiaridade de os direitos não se perderem pelo decurso de prazo, ou seja, a garantia em cujo prazo de prescrição não tem efeito. A *inalienabilidade* marca o caráter de impossibilidade de suas transferências, a título gratuito ou oneroso. Pela *irrenunciabilidade* verifica-se a sua natureza de inabdicável, não se limitando a obstar a privação voluntária em caráter amplo e abstrato, mas também a privação voluntária

---

<sup>53</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.39.

<sup>54</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.** Porto Alegre: SAFE, 2001, p. 35.

<sup>55</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 41.

de direitos em caráter restrito e concreto. Tal característica encontra ainda fundamento na indisponibilidade de certos bens e direitos. A *inviolabilidade* lhes garante o jaez de impossibilidade de desrespeito. A *universalidade* lhes assegura abrangência a todos os indivíduos, sem questionamento de raça, credo, cor, opção sexual ou convicção político-filosófica. A *efetividade* lhes garante existência real, palpabilidade, incontestabilidade, com mecanismos coercitivos para tanto, não se satisfazendo com o simples reconhecimento abstrato. A *interdependência* lhes assegura a conexão, correlação, atrelamento a demais direitos vinculados, como, por exemplo, direito de locomoção e o *habeas corpus*, o contraditório e o devido processo legal, entre outros. A *complementariedade* lhes garante uma interpretação de forma conjugada com a finalidade e alcance previstos pelo legislador constituinte.

Como característica dos direitos fundamentais, Gregório Assagra de Almeida ainda acrescenta a historicidade e, como princípios, a força concretizadora, a interpretação aberta e ampliativa, a máxima força irradiadora, a dinamicidade incorporativa e valorativa, a proibição do retrocesso e a relativização.<sup>56</sup>

O alcance e objetivos máximos do significado dos direitos humanos fundamentais não podem ser medidos, estritamente, do ponto de vista técnico-jurídico. O aperfeiçoamento dos direitos fundamentais e sua interação com os valores de variados contextos sociais indicam que, para sua perfeita aplicação, faz-se necessária a compreensão de características e de base principiológica de sua evolução, para que reflitam os anseios sociais de sua fundamentalidade. Estão os direitos fundamentais em constante processo de declaração e efetivação, que varia com a evolução das sociedades em seus momentos históricos.

---

<sup>56</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 321-324.

#### 1.1.4. Evolução em sua classificação

##### *1.1.4.1. Teoria geracional*

A construção principiológica dos direitos fundamentais teve origem com a concretização das bases primitivas do Estado democrático de direito, precisamente quando foram criados instrumentos jurídicos que viabilizaram o engajamento popular na tomada de decisões políticas. Da mesma maneira e na mesma época, desenvolveram-se os meios de controle e limitação do poder do Estado. O início do século XVIII marca tal época, observando-se que a maioria das Constituições passaram a dispor de conteúdo positivo de direitos do homem, denominados direitos fundamentais.

A expressão “gerações de direitos do homem” foi utilizada, primeiramente, no ano de 1979, pelo jurista Karel Vasak, em aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, França. Simbolicamente, procurava o autor demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa. Assim, a primeira geração, ou dimensão, dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundados na liberdade (*liberté*), com origem nas revoluções burguesas; a segunda geração, a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), foi impulsionada pela Revolução Industrial e seus decorrentes problemas sociais; a terceira geração seria a dos direitos de solidariedade, especialmente, o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, baseados na fraternidade (*fraternité*) e que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, notadamente, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.<sup>57</sup>

Os direitos de primeira geração ou dimensão estão ligados às liberdades negativas, que evidenciam o princípio da liberdade, conformando os direitos civis e políticos. Emergiram no final do século XVIII, e se encontram vinculados à fase inicial do constitucionalismo ocidental. Resultaram das revoluções liberais francesa e norte-americana, nas quais a burguesia reclamava o direito às liberdades individuais, com a limitação do poder do Estado. Tendo como titular o indivíduo, os direitos de primeira geração reivindicavam do Estado uma

---

<sup>57</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 37.



abstenção e não uma prestação, adquirindo, assim, uma característica negativa. São, portanto, direitos de resistência, que realçam a patente separação entre o Estado e a sociedade. São exemplos de direitos de primeira geração ou dimensão o direito à vida, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião, à participação política, dentre outros.

Na concepção de Daniel Sarmento, os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão foram concebidos como limites para atuação dos governantes, em favor da liberdade dos governados, demarcando um espaço no qual era proibida a interferência estatal, delimitando, assim, fronteiras entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera pública e privada. Nesta divisão entre o público e o privado, a supremacia recaía sobre a esfera privada, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado.<sup>58</sup>

Segundo Paulo Bonavides:

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que, em grande parte, correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.<sup>59</sup>

Assim, para Paulo Bonavides, tendo como titular o indivíduo, os direitos de primeira geração são oponíveis ao Estado e revelados como atributos da pessoa humana, ostentado uma subjetividade que é seu traço marcante. São os direitos de resistência face ao Estado e entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek. Entre esses direitos, situam-se as liberdades físicas, as liberdades de propriedade privada, os direitos da pessoa acusada, e as garantias dos direitos.

Os direitos de segunda geração ou dimensão estão associados às liberdades positivas, representadas pelos direitos políticos e sociais, que demandavam uma intervenção direta do Estado para concretização. Evidenciavam o princípio da igualdade material entre o ser humano. Passou-se, assim, da consideração do indivíduo singular, a quem se conferiu direitos naturais, para a consideração dos grupos de sujeitos, famílias e minorias étnicas. Foi imposta ao Estado uma obrigação de fazer correspondente aos direitos à saúde, à educação, ao trabalho, à habitação, à previdência e à assistência social, entre outros. Portanto, os direitos políticos (segunda geração) surgiram no decorrer do século XIX, cuidando-se de direitos positivos que ensejaram a possibilidade de participação na formação do poder político.

---

<sup>58</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 28.

<sup>59</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 563.

Destacam-se como principais direitos políticos o direito ao sufrágio universal, o direito de construir partidos políticos, o direito de plebiscito, e o direito de iniciativa popular.

A concepção de Paulo Bonavides sobre os direitos fundamentais de segunda geração:

São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os ampara e estimula.<sup>60</sup>

Ressalta Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude de extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de uma maior ou menor grau de poder econômico.<sup>61</sup>

Os direitos de terceira geração ou dimensão surgiram no início do século XX e exaltam o princípio da solidariedade ou da fraternidade, sendo conferidos a todos os grupos sociais, protegendo não a interesses individuais, mas a interesses coletivos ou difusos. Abrangem os denominados direitos de créditos, que tornam o Estado devedor dos indivíduos e se referem à obrigação do Estado de realizar ações concretas e de bem-estar social, fazendo ressurgir o princípio da igualdade. São direitos transindividuais destinados à proteção do gênero humano. Denotam tais direitos uma ampla preocupação com as gerações humanas atuais e vindouras, possuindo origem na revolução dos meios de comunicação e de transporte.

Abordando a questão sobre os direitos de terceira geração ou dimensão, Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que se trata:

(...) do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.<sup>62</sup>

A evolução dos direitos fundamentais não se deteve, assim, na terceira geração. O desenvolvimento das sociedades e o crescimento dos anseios populares fizeram, com naturalidade, com que os velhos valores sejam atualizados, refletindo a necessidade do

---

<sup>60</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 564.

<sup>61</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 48.

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 48-49.

presente. Desta maneira, o elenco de valores aumenta progressivamente na proporção das necessidades sociais de tutela. São exemplos de direitos de terceira geração o direito ao desenvolvimento e progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, o direito de comunicação, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à paz, dentre outros.<sup>63</sup>

As novas tecnologias, a cibernética, o mapeamento do genoma humano, a crise ambiental decorrente do aquecimento do planeta, o terrorismo e suas conseqüentes medidas de segurança, assim como a tecnologia da informação, a biotecnologia, entre outros são novos desafios a serem enfrentados. Daí já se fala em novas gerações de quarta, quinta, sexta, até sétima geração.<sup>64</sup>

O direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, concretizando a dimensão máxima da cidadania, comporiam a quarta geração de direitos fundamentais e o direito à paz universal comporia o direito de quinta geração de direitos fundamentais, na visão de Paulo Bonavides.<sup>65</sup>

Aliás, para o reconhecimento de uma nova geração ou dimensão de direitos fundamentais, não é necessário que a geração anterior esteja suficientemente maturada. Todas as gerações ou dimensões de direitos fundamentais reclamam uma sequencial geracional complementar e não substitutiva. Desta maneira, os direitos de primeira geração ou dimensão não desaparecem quando do surgimento dos direitos de segunda geração ou dimensão e, assim, sucessivamente. Portanto, o Estado Democrático de Direito é fundado nos direitos de liberdade e seria inconcebível que eles cedessem lugar aos direitos sociais, pois o processo é de acumulação e não de sucessão.<sup>66</sup> Como afirmou Hannah Arendt, “os direitos humanos não são um dado, mas um construído”, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução”.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 569.

<sup>64</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 51.

<sup>65</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 571 e 579.

<sup>66</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 53.

<sup>67</sup> LAFER, Celso. **A Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 1. reimp. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 134.

#### 1.1.4.2. Teoria do *status* de Jellinek

A disposição dos direitos fundamentais como direitos de defesa, direitos a prestação ou direitos de proteção, ressaltando-se no primeiro caso seu caráter negativo e nos demais seu caráter positivo, provém da chamada dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Esta dimensão constitui-se em uma característica de os direitos fundamentais ensejarem uma pretensão jurídica perante o Estado e os demais particulares, isto é, o direito que cabe ao titular de exigir uma ação positiva ou negativa de alguém.

Quanto às categorias dos direitos fundamentais, faz-se necessário o conhecimento acerca da Teoria do *status* de Jellinek, para compreensão das posições jurídicas dos direitos fundamentais.

Em seu compêndio, a teoria de Jellinek<sup>68</sup> afigura-se aqui importante por revelar um sistema de posições jurídicas abstratas que o Estado ocupa em relação ao indivíduo, o que permite melhor entender a forma com que devem ser efetivados e exigidos os direitos fundamentais. A relação (posição) do Estado para com o indivíduo em cada caso é distinta. Assim, a principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, ou ocasionalmente processual, e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos estatais. Por esse motivo, cada direito fundamental constitui um direito público subjetivo, ou seja, um direito individual que vincula o Estado.

Percebe-se, por meio da teoria do *status* de Jellinek, que todo indivíduo, além de um âmbito privado de atuação, encontra-se inserido em um âmbito público, na medida em que é membro da comunidade política, mas cuja participação depende do reconhecimento do Estado. Por este reconhecimento estatal, diante da condição de membro da comunidade política, adquire o indivíduo personalidade, que juridicamente é uma situação, um *status*, que qualifica a sua relação com o Estado. Deste *status* adquirido emanam pretensões jurídicas em relação ao Estado, caracterizadas como direitos subjetivos públicos. Esses direitos subjetivos públicos se encontram divididos em quatro situações: 1ª) *status subjectionis*, 2ª) *status libertatis*, 3ª) *status civitatis*, e 4ª) *status activius civitatis*. A primeira se refere a uma situação

---

<sup>68</sup> Cfr. JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Prólogo de Fernando de los Ríos. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 392 *et seq.*

passiva dos destinatários das normas emanadas pelo poder estatal. O *status* passivo ou *status subjectionis* consolida as pretensões do Estado em face do indivíduo, em caso de existência de alguma obrigação ou proibição estatal a que o referido esteja diretamente subordinado. Na segunda, admite-se uma esfera de autonomia de não interferência do poder público na atividade dos indivíduos. Em face desta situação negativa (*status negativus*), decorrem os direitos que protegem o âmbito individual do cidadão contra a intervenção estatal. O *status* negativo consolida a liberdade do cidadão no Estado, que é afeiçãoada, doutrinariamente, aos direitos de defesa. Na terceira, admite-se aos cidadãos a exigência de determinadas prestações que permitam a satisfação de necessidades básicas. Por aludir a uma atividade positiva do poder estatal, esta posição caracteriza-se como *status positivus*. O *status* positivo se constitui no alicerce das prestações estatais. A quarta situação alude à participação do cidadão na vida política da comunidade, admitindo-se ao cidadão tomar parte na formação da vontade estatal. O *status* ativo fundamenta a atuação de alguns indivíduos em nome do Estado.<sup>69</sup>

Desta maneira, no *status* passivo ou *status subjectionis* impõe-se ao indivíduo subordinação com relação aos poderes públicos, sujeitando-o aos mandamentos e proibições do Estado, caracterizando-se pela ausência de liberdade individual. O *status* negativo representa o espaço que o indivíduo tem para agir livre da atuação do Estado, podendo autodeterminar-se sem ingerência estatal. O *status* positivo, ou *status civitatis*, consiste na possibilidade de o indivíduo exigir atuações positivas do Estado em seu favor. O *status* ativo, por sua vez, representa o poder do indivíduo de interferir na formação da vontade do Estado. Sendo clara manifestação dos direitos políticos, o *status* ativo do indivíduo concretiza-se principalmente através do voto.

Entretanto, observa Ana Maria D'Ávila Lopes que, na teoria do *status* de Jellinek, o âmbito material é excluído. Assim, o *status* passivo, configurado pela esfera de obrigações, traduz-se em uma competência geral do Estado para infligir obrigações ao particular com o propósito de resguardar o interesse geral. O *status* negativo, percebido como a esfera de liberdade, abrange todas as ações juridicamente irrelevantes para o Estado. Esta mencionada irrelevância se traduz pela ausência de norma e por não estar estabelecida no âmbito do *status* passivo, uma vez que não afeta o interesse geral, o que se mostra bem semelhante à concepção de Kant quanto ao aspecto interno da liberdade, incluído no âmbito moral. Nesta concepção, para Jellinek, não existe, à primeira vista, um verdadeiro âmbito original no qual o

---

<sup>69</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limite ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 38.

indivíduo possa atuar livremente, pois tudo dependerá da relevância ou irrelevância jurídica que essa atuação tenha para o Estado. Deste modo, exemplificando, a autora menciona que no livre desenvolvimento da personalidade seriam identificadas três esferas: a íntima ou interna, que se traduz no núcleo de direito fundamental, na qual não seria possível qualquer interferência do estado; a esfera privada, na qual o indivíduo desenvolve sua personalidade com alguma possibilidade de intervenção estatal; e uma esfera social, composta por atuações não inclusas em nenhuma das esferas já mencionadas. Concluindo, afirma a autora que a teoria se sujeita a inúmeras críticas. A primeira menciona que a demarcação entre as esferas íntima e privada se realiza em função de ausência de contato exterior da ação do indivíduo, devendo se recorrer aos critérios de ponderação de interesse para sua determinação, pois o âmbito da proteção verifica-se pela inexistência de conflito com outros indivíduos ou com bens jurídicos constitucionais de interesse geral. Na segunda crítica, menciona que a delimitação entre a esfera privada e social se faz em função da presença ou ausência de intervenções do Estado, dependentemente, em última hipótese, da proporcionalidade da intervenção. Na terceira crítica, referindo-se a extremo formalismo, relembra tratar-se de um conjunto de abstrações fundadas na existência de indivíduos em espaços isolados, partindo-se equivocadamente da figura do *status* passivo, do indivíduo submetido ao poder estatal”.<sup>70</sup>

É notória, pois, a autoridade da teoria de Jellinek na elaboração da teoria dos direitos fundamentais, apesar de suas inúmeras críticas, especialmente pelo incremento da liberdade ativa do indivíduo, ou melhor, das atuações do titular do direito em face de sua própria faculdade. Diferentemente, a concepção de liberdade de Jellinek, percebida como “liberdade frente a coações externas ilegais” (*status* negativo) será empregada na invasão do *status libertatis* do indivíduo. Desta maneira, os direitos fundamentais, além de serem respeitados como direitos subjetivos públicos, segundo o *status* no qual o direito se encontre inserido, delimitarão não apenas o âmbito de atuação, mas da competência legislativa do Estado.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 39-40.

<sup>71</sup> LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 40.

### 1.1.5. Eficácia das normas de Direitos Fundamentais

À medida que receberam o *status* constitucional, ganharam os direitos fundamentais posição de proeminência em meados do século XIX, com a formação dos Estados Sociais. A partir de tal perspectiva, perdendo o Estado a condição de soberano, os direitos fundamentais passaram a regular as relações de direito privado, advindo ingerências na vida privada do indivíduo. Passou o Estado, destarte, a desenvolver uma postura de abstenção e proteção dos direitos fundamentais, irradiando esses reflexos por todo o ordenamento normativo, a contar da prevalência da supremacia da Constituição, tendo como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tornou-se conteúdo obrigatório nos diversos diplomas nacionais e estrangeiros a eficácia das normas de direitos fundamentais, e, apesar de ter ganhado maior dimensão a partir da década de 1950, já era tratada na própria ideia de constituição.<sup>72</sup>

A expressão “eficácia” compreende uma múltipla série de aspetos passíveis de problematização e análise, ainda que se restrinja ao direito constitucional, constituindo ponto crucial para o estudo da Constituição, na medida em que se encontrava vinculada ao problema da força normativa da constituição. Assim, a expressão é utilizada como sinónimo de aplicabilidade jurídica, ou melhor, a possibilidade real, concreta e efetiva de realização dos preceitos jurídicos objetivados e esperados pelo legislador.

A expressão designa, conforme José Afonso da Silva:

(...) a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia, diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executividade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade e não efetividade.<sup>73</sup>

De outro modo, o conjunto de questões envolvendo a eficácia das normas de direitos fundamentais não se restringe apenas contra o Estado, com a finalidade de limitar suas ingerências nas relações com seus governados. Direciona-se ainda na aplicabilidade de tais normas entre indivíduos na esfera de relações privadas. Então, constata-se que as normas de direitos fundamentais possuem eficácia vertical e horizontal.

---

<sup>72</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.289.

<sup>73</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 55-56.

Quando se menciona sobre eficácias horizontal e vertical, deseja-se aludir à distinção entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

Com relação à eficácia vertical, conformando-se a finalidade precípua dos direitos fundamentais na delimitação do poder estatal e uma vez observado que o Estado se posiciona em um patamar superior ao governado, os direitos fundamentais colocam-se verticalmente entre ambos. Constituem-se, assim, na forma clássica de aplicabilidade jurídica das normas constitucionais, na medida em que se constata a ingerência direta do poder público, sob justificativa de resguardar os bens e interesses particulares dos cidadãos.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni, a norma de direito fundamental, independentemente da possibilidade de sua subjetivação, sempre contém valoração. O valor nela contido, revelando de modo objetivo, propaga-se necessariamente sobre a compreensão e autuação do ordenamento jurídico. Atribui-se, assim, aos direitos fundamentais uma eficácia irradiante. Para o referido autor, “as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertinem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade”.<sup>74</sup>

Partindo-se de tal entendimento, pode-se afirmar que o Estado, além de obrigado a não agredir os direitos fundamentais, tem ainda a obrigação de fazê-los respeitar pelos particulares. Tal proteção poderá se dar, por exemplo, por meio de imposição de condutas, como no caso de proibição de comercialização de determinado alimento reputado nocivo ou danoso à saúde.

Com relação à eficácia horizontal, esta analisa a ocorrência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, bem como a conexão do sujeito privado aos direitos fundamentais. Obviamente, menos vigoroso se constata o efeito dos direitos fundamentais nas relações privadas, diversamente do que ocorre nas relações com o Poder Público.

A consideração da eficácia horizontal dos direitos fundamentais possibilitou a discussão sobre a ruptura de conhecidos conceitos que delimitavam os conteúdos do direito público e o direito privado. Assim, reconhece-se a supremacia constitucional em face das demais normas integrantes de um sistema normativo. Entretanto, a consideração da eficácia horizontal

---

<sup>74</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 168.



somente foi plausível em face da elevação dos direitos fundamentais ao *status* constitucional, passando a submeter a todos que se encontram sob sua égide.

Com isso, particulares, que antes estavam no polo passivo dos direitos fundamentais contra o Estado, agora podem ser sujeitos ativos contra outros particulares, em face da violação de algum direito.

Assim, em plena época do capitalismo, o reconhecimento da horizontalização dos direitos fundamentais se torna essencial, como, por exemplo, para o exame do direito empresarial. Deste modo, a empresa se destaca com grande poder de ingerência sobre os direitos fundamentais, seja para tutelá-los, em substituição ao Estado, em sua função social básica de empresa, seja para suprimi-los.<sup>75</sup>

A identificação do efeito horizontal mostra-se necessária quando particulares se encontram em conflitos, diante de evidente desproporção de poder social. A título de exemplificação, podem ser citados o direito do consumidor, o próprio direito do trabalho, o direito ambiental e os direitos metaindividuais em geral.

Ainda que se admitisse a existência de alguma resistência da doutrina quanto à vinculação dos direitos fundamentais às relações interpessoais, o que dificultaria até então a aceitação da teoria da eficácia horizontal, por falta expressa de permissivo constitucional, Vânia Marcia Damasceno Nogueira sustenta que até a empresa, que se constitui em um ente fictício criado pelo direito, teve alguns direitos da personalidade, que determinados autores tratam como os próprios direitos fundamentais, estendidos à sua pessoa jurídica, como por exemplo, o nome, a identidade, a honra. Deste modo, estaria ultrapassada a questão da não aceitação dos constitucionalistas sobre a teoria da eficácia horizontal, pois até ente fictício receberia a tutela conferida aos direitos fundamentais, numa concepção privada.<sup>76</sup>

O RE 201.819/RJ<sup>77</sup> foi o precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que tratou a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ele abordou o tema no qual

---

<sup>75</sup> NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **Direitos Fundamentais dos animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 279.

<sup>76</sup> NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **Empresa e o direito fundamental**. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/download/93/102>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

<sup>77</sup> SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. **As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os**

um associado da UBC - União Brasileira de Compositores foi excluído do quadro societário, sem ao menos ter tido a oportunidade de contestar o ato de sua expulsão, ou melhor, sem a observância do direito de defesa no âmbito das relações privadas. Assim, a autonomia privada não pode ser exercida em detrimento dos direitos e garantias de terceiros. Fez corroborar, portanto, ainda mais a aceitação da teoria em comento no ordenamento jurídico brasileiro, com o esboço maior na necessidade de resguardo dos direitos fundamentais e da dignidade de pessoa humana.

Não obstante ser aceita a existência de eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas e superadas as questões de ordem teórico-dogmáticas, a doutrina se divide em relação ao modo de aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ensejando duas teorias: a) teoria da eficácia indireta, ou mediata; e b) teoria da eficácia direta, ou imediata.

Existe uma grande discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, havendo quem sustente que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata sobre as relações entre os particulares, e quem diga que esses possuem apenas eficácia mediata.

Com relação à teoria da eficácia indireta, ou mediata das normas de direitos fundamentais, esta teoria, adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no caso Lüth, recebeu destaque e posterior adoção por grande parte da doutrina e jurisprudência alemã.

---

**poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.** II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. **O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.** III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. (...)A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. **A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CRFB/88).** IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (STF. 2ª Turma. DJ 27-10-2006, grifos acrescentados).

Concebida pelo alemão Günther Dürig, a teoria da eficácia indireta das normas de direitos fundamentais nas relações interpessoais sustenta que os direitos fundamentais devem influenciar a interpretação e aplicação de normas de direito privado, podendo, excepcionalmente, fundamentar decisões judiciais em sentido contrário ao literal conteúdo das leis positivadas. Essa influência se dá por meio de concretização de cláusulas gerais de direito privado. Suas normas não perdem as características e natureza originária de direito privado.<sup>78</sup>

Desta maneira, quando se fala em eficácia mediata, assevera-se que a força jurídica dos preceitos constitucionais somente se afirmaria, em relação aos particulares, por meio de princípios e normas de direito privado. Tal fato se daria por intermédio de normas de direito privado, ainda que editadas em razão do dever de proteção do Estado.

Quando muito, os preceitos constitucionais poderiam servir também como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, entretanto, sempre dentro das linhas básicas do direito privado.<sup>79</sup>

Assim, o principal destinatário das normas de direitos fundamentais seria o legislador, pois somente a ele compete a implementação das normas junto aos preceitos de direito privado. Incumbe ao Judiciário, nas suas ausências, a sua interpretação e integração, de acordo com normais de direitos fundamentais.<sup>80</sup>

Conforme afirma José Joaquim Gomes Canotilho:

(...) os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indireta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direitos, liberdades e garantias<sup>81</sup>.

Assim, para Giovana Meire Polarini, superada se apresenta a referida teoria, muito embora embasada na melhor doutrina alemã, pois esta é oriunda de uma concepção de incomunicabilidade entre o direito público e o direito privado, o que não condiz com a própria evolução do direito com ciência social aplicada.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 529.

<sup>79</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 235.

<sup>80</sup> COSTA JÚNIOR, Ademir de Oliveira; MELLO, Adriana Zawada. **Eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais**. In: Revista Mestrado em Direito da UNIFIEO, ano 7, n. 1, Osasco, 2007, p. 265.

<sup>81</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 448.

<sup>82</sup> POLARINI, Giovana Meire. **A eficácia vertical e horizontal das normas de direitos fundamentais**. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

Com relação à teoria da eficácia direta, ou imediata das normas de direitos fundamentais, esta teoria tornou-se dominante em diversos países como Espanha, Portugal, Itália e Argentina, assim como por grande parte dos doutrinadores brasileiros e pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Concebida pelo alemão Hans Carl Nipperdey, na década de 1950, e posteriormente também desenvolvida por Walter Leisner, a teoria da eficácia direta sustenta a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações interpessoais, sem qualquer necessidade de intermediação do legislador. Por meio desta teoria, também se elimina a ideia de que os direitos fundamentais poderiam ser tomados apenas como regras de interpretação.<sup>83</sup>

Esta teoria parte da premissa de que a ofensa a direitos fundamentais pode se originar não somente do Estado, mas de diversos atores sociais, de tal maneira que os cidadãos e seus direitos fundamentais devem ser protegidos não apenas contra as ofensas estatais, mas, especialmente, em face das lesões praticadas pelos poderes sociais.<sup>84</sup>

Em face desta premissa, afirma-se que os direitos fundamentais podem ser invocados diretamente, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador ou mesmo do juiz.<sup>85</sup>

Nesta seara, convém ressaltar que a previsão assegurada da autonomia privada não pode estar imune à incidência de preceitos constitucionais, pois o direito privado não pode extrapolar os limites da ordem constitucional, devendo restar bem claro a importância de se preservar os direitos fundamentais em face da autonomia privada, que pode ser restringida ou relativizada diante de uma ponderação de direitos, como modo de proteção aos próprios sujeitos privados.<sup>86</sup>

Conforme refere Claus-Wilhelm Canaris:

(...) os direitos fundamentais dirigem-se, segundo tal concepção, não apenas contra o Estado, mas também contra os (em cada caso, outros) sujeitos de direito privado. Os Direitos fundamentais não carecem, assim, de qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado, antes conduzindo, sem mais, a proibições de

---

<sup>83</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos humanos fundamentais.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

<sup>84</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 223.

<sup>85</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 245.

<sup>86</sup> FACHIN, Zulmar; BENHOSSI, Karina Pereira. **A importância da eficácia horizontal como garantia de preservação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70162fe655ec381a>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

intervenção no tráfico jurídico-privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado.<sup>87</sup>

A teoria da eficácia direta, ou imediata, das normas de direitos fundamentais possui como alicerce o fato de os direitos fundamentais serem a expressão máxima dos valores adotados por um Estado de direito. Assim, os direitos fundamentais são oponíveis a todo ordenamento jurídico. Desta maneira, as normas infraconstitucionais e as normas do direito privado devem observância aos direitos fundamentais, para que estes possam se submeter a todos.<sup>88</sup>

Portanto, pode-se afirmar que a eficácia direta, ou imediata, das normas de direitos fundamentais convalida a supremacia da Constituição no plano jurídico, constituindo o seu reconhecimento em uma espécie de cláusula geral que concretiza o sistema de proteção dos direitos fundamentais.<sup>89</sup>

Assim, de acordo com a teoria da eficácia imediata, os direitos fundamentais são aplicados diretamente aos particulares. Além de normas de valor, teriam importância como direitos subjetivos contra entidades privadas portadoras de poderes sociais ou mesmo contra indivíduos que tenham posição de supremacia em relação a outros particulares.<sup>90</sup>

A teoria da eficácia imediata das normas de direitos fundamentais nas relações interpessoais é a opção do legislador constituinte brasileiro ao prever, expressamente, no art. 5º, §1º, da CRFB/88<sup>91</sup> tal ocorrência, o que encontra justificação no princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>87</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53.  
<sup>88</sup> POLARINI, Giovana Meire. **A eficácia vertical e horizontal das normas de direitos fundamentais**. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46-47.

<sup>89</sup> KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento atual, 2005, p. 92.

<sup>90</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 236.

<sup>91</sup> Art. 5º, §1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

### 1.1.6. Regras e princípios nos Direitos Fundamentais

Os princípios constituem subsídios importantes para fundamentar com maior racionalidade as decisões judiciais, para a teoria da argumentação jurídica. Quando algumas decisões quando não podem ser tomadas frente ao sistema de subsunção *tout court*, elas necessitam de uma estrutura na análise de valores fundamentais na ordem institucional, dos quais os princípios são mensageiros. Assim, nessas hipóteses, os princípios constituem critérios objetivos de decisão no processo de interpretação e aplicação do direito. Esses princípios exigem dos operadores do direito a sua referência obrigatória para um maior controle de discricionariedade do intérprete-aplicador. Com isso, evita-se que o operador do direito se utilize de subjetividade axiológica. Dessa maneira, constata-se que os princípios cumprem um papel de limite de interpretação.

Ante o exame da estrutura normativa que faz parte do ordenamento jurídico positivado, constata-se que as normas jurídicas, em seu gênero, são de duas espécies: princípios e regras.

Segundo a proposição de Dworkin, os princípios são um conjunto de “padrões que não são regras”. Assim, cuida-se o princípio de “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.<sup>92</sup> O que difere os princípios das regras, para Dworkin, é de natureza lógica. Ambos os conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dadas as circunstâncias em que uma regra estipula, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e, assim sendo, em nada contribui para a decisão.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Malheiros. 2002, p. 36.

<sup>93</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Malheiros. 2002, p. 39.

Segundo a diferenciação proposta por Robert Alexy:

(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização.<sup>94</sup>

Tal fato traduz que eles podem ser efetivados em graus variados e que sua forma de aplicação deve considerar as circunstâncias fáticas e a importância da realização das normas colidentes, que determinam as possibilidades jurídicas do caso concreto, o que é conhecido como sopesamento ou ponderação. Já as regras são normas que contêm determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Significa dizer que, diante de uma regra válida e aplicável ao caso concreto, deve-se aplicá-la de forma estrita, com a realização exatamente daquilo que ela prescreve, ou seja, nem em maior, nem em menor grau. Diversamente do que ocorre com os princípios, as regras não são aplicadas de maneira gradual, “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas e, portanto, contêm determinações no âmbito daquilo que é juridicamente possível”.<sup>95</sup> Alexy reconhece que o modelo exposto por Ronald Dworkin é muito simplório, fazendo-se necessário um modelo diferenciado. Deste modo, quando um direito é garantido por uma norma estruturada em “regra”, esse direito é definitivo e, assim, deverá ser totalmente realizado no momento da aplicação da regra ao caso concreto. Até aqui nada de diferente em relação à concepção de Dworkin. Mas o *plus* do modelo estabelecido por Alexy se apresenta no fato de que esse raciocínio persiste até mesmo quando as regras devam ser tomadas como se parte da própria regra excepcionada fossem. Virgílio Afonso de Souza, explicando tal circunstância, esclarece que a regra proibitiva da retroação da ação penal menciona a sua conhecida exceção, na qual a lei deve retroagir quando beneficiar o réu (art. 5º, XL, da CRFB/88). Assim, a regra deve ser compreendida como realmente é, ou seja, “é proibida a retroação de leis penais, a não ser que sejam mais benéficas ao réu que a lei anterior”. Nesses casos, deve haver retroação.<sup>96</sup>

Segundo Robert Alexy, a distinção lógica entre princípios e regras é bem mais clara nos casos de colisão de princípios e no conflito de regras, sendo diversa a maneira de solucioná-los. No caso do conflito entre regras, este é prontamente resolvido introduzindo-se uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras inválidas.

---

<sup>94</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90

<sup>95</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 91

<sup>96</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2010, p. 45.

Desta maneira, quando a primeira hipótese não for possível, só restará a opção de afastar pelo menos uma das regras conflitantes, declarando-a inválida e expurgando-a do ordenamento jurídico. Cuida-se, assim, de uma decisão referente à validade de regras, uma vez que uma norma vale ou não vale juridicamente. Por seu turno, a colisão entre princípios ocorre não na dimensão de validade, mas se dá na dimensão do peso. Assim, quando dois princípios entram em colisão e um deles prevalece sobre o outro, isso não significa que o princípio preterido deva ser declarado inválido, e sim que, sob determinadas condições, um princípio tem mais peso ou importância do que outro e, em outras circunstâncias, poderá ocorrer o contrário.<sup>97</sup>

Os princípios e as regras se colocam como espécies do gênero normas jurídicas, daí falar-se em normas-regras e normas-princípios, conforme as especificidades do dispositivo. Particularmente complexa é a tarefa de distinguir o conceito norma, entre regras e princípios, havendo muitas críticas na doutrina.

José Joaquim Gomes Canotilho sugere a adoção de alguns critérios para se verificar suas diversidades:

(i) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

(ii) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador e do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.

(iii) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema (ex: princípio do Estado de Direito).

(iv) Proximidade da ideia de direito: princípios são “*standards*” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “Justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

---

<sup>97</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 92-94.



(v) Natureza normogenética: os princípios são fundamento das regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentalmente.<sup>98</sup>

Deste modo, em síntese, os princípios são normas dotadas de maior generalidade e abstração, conectando-se mais nitidamente a valores e necessitando de concretização. São mandados de otimização, uma vez que se aplicam na medida das possibilidades jurídicas e dos fatos existentes. Distinguem-se das regras, que são passíveis de aplicação em termos definitivos no sistema “tudo ou nada”, mediante subsunção dos fatos em exame. Os princípios possuem uma dimensão de peso e as regras uma dimensão de validade. Assim, os primeiros, em caso de conflito, não são afastados do ordenamento, mas submetidos a uma ponderação. Nesta operação, em sede de decisão no caso concreto, um dos princípios cede diante de outro. Tal circunstância, entretanto, não impede que em outra situação distinta se decida pela aplicação do princípio afastado. Já em se tratando de conflito envolvendo regras, a solução do caso concreto levará ao reconhecimento da invalidade de uma das regras ou à aplicação de uma cláusula de exceção que tenha sido introduzida.<sup>99</sup>

Os direitos fundamentais possuem, costumeiramente, a natureza de princípios e a força normativa de suas normas somente se converte em direitos após uma ponderação com os princípios antagônicos, em face do caso concreto. Desta maneira, é importante o reconhecimento de normas-princípios para a operação de ponderação, diferenciando-se das normas-regras, que realizam sua aplicação de forma subsuntiva. Podem ocorrer dificuldades, especialmente, se for seguido um critério forte de distinção entre regras e princípios.<sup>100</sup> Nos casos difíceis, em que não se possa ser constatada uma determinada condição de regra ou de princípio, e se já foram realizadas as necessárias ponderações, a distinção forte se mostra precária. Igualmente ocorre naqueles casos em que a qualificação de uma norma constitucional como regra ou princípio venha a depender de variáveis ligadas à sua história; venha a depender de textos recuperados de Constituições anteriores; de adaptações introduzidas em revisões anteriores; de outras modificações. Não há como valorar a norma para fins de restrição como fonte exclusiva para o seu reconhecimento como regra ou

---

<sup>98</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1161.

<sup>99</sup> SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. In: Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 50 et seq.

<sup>100</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições dos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2. ed. 2010, p. 344-345.

princípio.<sup>101</sup> Nos casos difíceis não se recorre à subsunção, mas à ponderação, não sendo possível, assim, regular todas colisões que venham a ocorrer.

Importante ressaltar que Robert Alexy admite ainda uma íntima conexão entre a teoria dos princípios e a “máxima da proporcionalidade”.

Assevera-se, na oportunidade, que um problema na teoria dos princípios de Alexy é a falta de uma resposta satisfatória à colisão entre uma regra e um princípio. Para resolução do problema, não se deve usar a técnica do sopesamento, pois aos princípios aplica-se o mandamento de otimização e às regras aplica-se a dimensão de validade.

A solução encontrada por Alexy não é imune a críticas. Assim:

(...) quando um princípio entra em colisão com uma regra, deve haver sopesamento. Mas esse sopesamento não ocorre entre o princípio e a regra, já que regras não são sopesáveis. Ele deve ocorrer entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia.<sup>102</sup>

A crítica é a de que, em se adotando o sopesamento entre princípio e regra, a força de definitividade desta poderia ser relativizada, por entender o aplicador que há um princípio mais importante que justifique o seu afastamento, causando, assim, alto grau de insegurança jurídica. Virgílio Afonso da Silva entende que, em casos como esses, em que há o choque entre regras e princípios, a regra deve ser tomada como uma restrição a esse princípio. Saber se a restrição é ou não válida será a missão do julgador ao resolver o caso concreto. Deve ser feito, desse modo, um juízo acerca da constitucionalidade ou não da regra jurídica, de forma a saber se a restrição por ela imposta ao princípio é ou não constitucionalmente adequada.<sup>103</sup>

#### 1.1.7. Restrições a Direitos Fundamentais

Como sabido, os direitos fundamentais não são ilimitados, estando sujeitos, pois, a restrições. Em sua conceituação básica, a restrição é uma limitação do âmbito de proteção de

---

<sup>101</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições dos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2. ed. 2010, p. 353.

<sup>102</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros. 2010, p. 52.

<sup>103</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 52-53.

um direito fundamental, ou seja, uma diminuição de sua abrangência para que sua proteção possa amoldar-se à garantia de outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais relevantes.

Os direitos individuais somente podem ser sofrer restrições pela própria Lei Maior, bem como pela legislação ordinária com prévia autorização da Constituição. Ainda pode haver restrições em casos de autorizações implícitas à conformação do direito com outros valores também protegidos pela Lei Maior.

Desta maneira, a primeira forma de limitação é aquela consignada pela Constituição e levada a efeito pelo próprio texto da norma consagradora do direito limitado<sup>104</sup>. Uma segunda forma é a existência de limites externos ou restrições indiretamente constitucionais, que são os limites definidos pelo legislador ordinário, mediante autorização expressa da Carta Maior. Leciona Konrad Hesse que a Constituição tratou de normalizar todas as limitações e, havendo diferenciações necessárias a serem tratadas, tal incumbência foi confiada ao legislador ordinário.<sup>105</sup> Pela terceira forma, admite-se que a Constituição autorize, implicitamente, a ambos os Poderes, Judiciário e Legislativo, impor restrições aos direitos fundamentais com o objetivo maior de impedir ou resolver, no plano da eficácia social, os casos de colisão com outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos.

Entretanto, as restrições não podem ser ilimitadas, em virtude de possibilidade de esgotamento do próprio núcleo do direito fundamental, o que convencionou-se chamar “limites dos limites” ou “limites imanentes”. Tais limites decorrem da Constituição e estão ligados à necessidade de observância do princípio da proporcionalidade na resolução de conflitos. Estão ligados também à preservação do núcleo essencial do direito fundamental, bem como com à clareza, à abstração e à generalidade das restrições impostas.

Conforme J. J. Gomes Canotilho, quanto às restrições de direitos, originárias de atos normativos com valor de lei, estas emanam: (i) da própria Lei Maior (restrições constitucionais diretas); (ii) de lei autorizada expressamente pela Constituição; ou (iii) de lei, mas sem autorização expressa da Constituição (restrições não expressamente autorizadas). Neste último caso, “trata-se de restrições ao conteúdo juridicamente garantido de um direito sem qualquer autorização constitucional expressa”. Deste modo, não seria compreensível que o direito de manifestação, previsto na Constituição sem restrições constitucionais diretas e

---

<sup>104</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 251.

<sup>105</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 254.

sem autorização de lei restritiva, não pudesse ser limitado por lei, com proibição de manifestações violentas e com armas.<sup>106</sup> Estas restrições são aplicadas mesmo sem a autorização da Constituição, diante de uma necessidade de ponderação entre os direitos fundamentais e bens ou valores constitucionais e da impossibilidade da Constituição prever todas as possíveis colisões de direitos e bens constitucionais.

Nestes casos, a conformação não é normativa. Significa dizer que a restrição a direito fundamental não encontra previsão no próprio ordenamento jurídico, dependendo, pois, da atuação do intérprete.<sup>107</sup>

A garantia do núcleo essencial protege os direitos fundamentais contra o esvaziamento de seu conteúdo, ou seja, as restrições aos direitos fundamentais encontram resistência na garantia do núcleo essencial.

Conforme Christine Oliveira Peter da Silva, a proteção do núcleo essencial constitui postulado constitucional imanente, destinado a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito em face de eventuais restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.<sup>108</sup> A definição de núcleo essencial é dividida por duas teorias: a absoluta e a relativa.

De acordo com a teoria absoluta, o núcleo essencial “consistiria em um núcleo próprio de cada direito intangível e determinável em abstrato”.<sup>109</sup> Assim, o núcleo essencial de um direito fundamental se definiria como medida determinada e fixa, como parte autônoma de um direito fundamental. Para a teoria relativa, o conteúdo essencial de um direito só pode ser determinado no caso concreto, em razão de conjunturas consideradas. Desta maneira, o real conteúdo de um direito fundamental somente é conhecido diante de um caso concreto, oportunidade em que um possível conflito é posto à resolução.<sup>110</sup> Define-se após o seu conteúdo com o exercício da ponderação, observando-se o princípio da proporcionalidade. Em se adotando a teoria absoluta, o aborto seria proibido, mesmo em caso de estupro, pois representaria uma violação do direito à vida de titularidade do feto. O legislador, brasileiro

---

<sup>106</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.450.

<sup>107</sup> VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 166.

<sup>108</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília, 2001. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, p. 104.

<sup>109</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**. Porto Alegre: Fabris, 1966, p. 80.

<sup>110</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília, 2001. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, p. 76.

aderiu à teoria relativa, ao autorizar o aborto em caso de estupro, nos termos do art. 128, II, do Código Penal brasileiro.

Além da proibição de violação no núcleo essencial (teoria absoluta) e a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade (teoria relativa), outra limitação foi apresentada por Gilmar Mendes. Esta limitação se relaciona com a proibição de conteúdo casuístico ou discriminatório. Assim, devem as restrições atender aos requisitos da generalidade e da abstração, evitando tanto a violação do princípio da igualdade material, quanto a possibilidade de que, por meio de leis individuais e concretas, o legislador acabe por editar leis que mais se assemelham a atos administrativos.<sup>111</sup> A limitação deve ser clara e precisa como forma de proteção da segurança jurídica. As limitações ainda precisam ser de cunho geral e abstrato, visando abranger uma enormidade de situações e indivíduos, sendo vedado o uso de legislação como forma de criar limitações casuísticas, denunciadores de discriminações arbitrárias ou absurdas. Por fim, devem as limitações ser proporcionais, em consonância com o postulado da proporcionalidade e seus subprincípios: adequação (o meio deve ser apto ao fim visado); necessidade (não deve haver outro meio menos gravoso para o fim visado); a proporcionalidade, em sentido estrito (o ônus deve ser menor que o bônus com relação à medida restritiva).

Desta maneira, toda restrição a direitos fundamentais deve respeitar o núcleo essencial destes, ou seja, o mínimo existencial que envolve diretamente a noção de dignidade da pessoa humana, que não pode ser abalada<sup>112</sup>.

Entretanto, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que o núcleo essencial dos direitos fundamentais não se confunde com o maior ou menor conteúdo em dignidade da pessoa humana ou em garantia do mínimo existencial. A qualificação do conteúdo protegido ocorre não pelo fato de ser um conteúdo mínimo, mas, sim, pela circunstância a que está imune a ação do poder público, e, portanto, segue à disposição do titular direito<sup>113</sup>.

O postulado da proporcionalidade como limite às normas restritivas de direitos fundamentais traduz-se numa proibição de excesso, de modo que a autorização constitucional para impor restrição no âmbito do direito fundamental não desdobre em intervenção desarrazoada ou desproporcional. Desse modo, o postulado da proporcionalidade exige que a

---

<sup>111</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 225.

<sup>112</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 454.

<sup>113</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 358-359.

norma restritiva utilize os meios adequados e necessários aos fins almejados, bem como pondere os bens constitucionalmente relevantes no caso concreto.

Entretanto, adverte Edilsom Pereira de Farias que nem toda intervenção no âmbito do direito fundamental significa restrição, pois pode ocorrer regulamentação ou configuração mais precisa do conteúdo do direito fundamental. Mas, nos casos de restrição, o legislador tem limites que se encontram traçados pelo núcleo essencial e a máxima da proporcionalidade, sob risco de manifesta inconstitucionalidade.

A Constituição brasileira não contemplou como se procede à restrição de direitos fundamentais. Mas tal situação não admite o reconhecimento de inexistência de um dever de proteção desse núcleo essencial. Para o Ministro Gilmar Mendes, a ideia de um núcleo essencial decorre do próprio modelo garantista empregado pelo constituinte e não do reconhecimento de um limite ao afazer legislativo, o que tornaria inócua qualquer proteção fundamental.<sup>114</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que medidas restritivas dos direitos fundamentais que comprometem o seu conteúdo essencial padecem de constitucionalidade.<sup>115</sup> Ana Maria D'Ávila Lopes argumenta que, na atividade legislativa de concretização dos direitos fundamentais, a ideia de um conteúdo essencial surge para prevenir possíveis excessos, assegurando que estes direitos fossem regulados, sem perder as características que os identificassem como direitos fundamentais.<sup>116</sup>

No voto proferido no julgamento do mandado de segurança nº 24.045<sup>117</sup>, o Ministro Joaquim Barbosa asseverou que, embora o Legislativo possa conformar, com certa liberdade, o procedimento de defesa, cabe ao Poder Judiciário evitar situações que violem o núcleo essencial do direito à ampla defesa.

No escólio de Eduardo Rocha Dias, a jurisprudência e doutrina constitucionais brasileiras vêm identificando como “limites dos limites” o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CRFB/88); a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; o princípio da proporcionalidade (com fundamento no princípio do devido processo legal, na sua dimensão

---

<sup>114</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 212.

<sup>115</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. In: Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao prof. J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 326.

<sup>116</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. Revista de informação legislativa. Nº 164 (2004), p. 7-15.

<sup>117</sup> DJ de 1º.9.05, Plenário, DJ 3-2-06.

substantiva, tal como decorre do art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88); e a proibição de restrições casuísticas (com fundamento no princípio da igualdade). Afirma o autor que a ausência de uma norma sobre restrições a direitos fundamentais, em vez de se apresentar como um *déficit*, pode ser avaliada como um aspecto positivo. Isto evitaria o problema de interpretação do alcance de normas, como o art. 18, nº 2, da Constituição portuguesa, deixando para a jurisprudência constitucional a possibilidade de reconhecer a existência de uma reserva de ponderação, com fundamento no artigo 5º, II e LIV, da CRFB/88. Citando Jorge Novais, em nota de rodapé, esclarece o autor que a norma insculpida no art. 18, nº 2, da CRP, não deve ser interpretada literalmente, pois inexecutável e juridicamente inconsistente, uma vez que implica o abandono da unidade da Constituição e da necessidade de harmonizar e compatibilizar direitos e bens jurídicos em colisão, negando sua força vinculante.

Na verdade, o significado da previsão normativa é uma advertência aos poderes constituídos do caráter excepcional e carente de especial justificação das restrições não expressamente autorizadas. Estas restrições devem se sujeitar a controles adequados, de forma a respeitar o caráter de “trunfos ante o poder político” dos direitos fundamentais. Mesmo na ausência de reservas expressas, sujeitam-se as referidas posições jurídicas a uma reserva de ponderação. Entretanto, a ausência de reservas significaria que o constituinte não procedeu a nenhuma ponderação prévia com outros bens e direitos. Em consequência, deixou para os poderes constituídos a possibilidade de o fazer, devendo, porém, ser observados critérios de legitimação e de justificação acrescidos, além do respeito aos requisitos constitucionalmente previstos para as restrições. Na ausência de reservas, a competência do juiz, principalmente o constitucional, sobre as ponderações realizadas deve ser total, já que, quando os direitos são consagrados com reservas, estas últimas condicionam o âmbito do controle jurisdicional.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> DIAS, Eduardo Rocha. **Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/584644>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

## 1.2. A eficácia dos Direitos Fundamentais e a dignidade da pessoa humana

A doutrina e a jurisprudência ensinam que não há como mencionar direitos fundamentais sem discorrer sobre a dignidade da pessoa humana. Enquanto o princípio da autonomia da vontade constitui-se como coluna de sustentação do sistema jurídico privado, a dignidade da pessoa humana é o princípio basal do Estado de Direito brasileiro, conforme inserção do inciso III, art. 1º, da Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana norteia todo o sistema normativo, encontrando nele respaldo a teoria dos direitos fundamentais.

Tal fato se legitima, pois o Estado somente existe em função do próprio cidadão enquanto indivíduo, conforme consagrado em ideários de declarações de direitos. Então, a dignidade da pessoa humana é valor supremo e via atrativa de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.<sup>119</sup>

O mesmo princípio da dignidade da pessoa humana já havia sido consagrado na Constituição portuguesa, promulgada em 25 de abril de 1976, conforme inserção em seu artigo 1º. Assim, pode-se constatar que a Constituição portuguesa buscou arrimar a dignidade humana como um destacado valor no ordenamento pátrio. A dignidade da pessoa humana foi alçada a um patamar que vai além dos limites do Estado, fazendo de tal princípio referencial direcional, um azimute, a ser seguido pelo Estado.

Conforme José Carlos Vieira de Andrade, este princípio consagrado como o primeiro e fundamental na Constituição portuguesa, está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido aos conjuntos de preceitos relativos aos direitos fundamentais, atribuindo, não só direitos, liberdades ou garantias, mas também valor norteador aos demais direitos fundamentais. Assim, para o mencionado autor:

Estes preceitos não se justificam isoladamente pela proteção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além dos seus atos e atributos.<sup>120</sup>

No campo da eficácia vertical das normas de direitos fundamentais, a consideração para com o princípio da dignidade da pessoa humana verifica-se quando o Estado, no desempenho

---

<sup>119</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 107.

<sup>120</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 91.



de suas atribuições de proteção e de defesa dos direitos dos particulares, não pratica ingerências funestas nas relações interpessoais, oprimindo, prejudicando os particulares, devendo respeitar e fazer respeitar as liberdades individuais. Nesta seara, os direitos fundamentais nascem como meio de frear ou limitar os arroubos, os ímpetos do poder público, protegendo bens e direitos dos particulares de eventuais violações.

Assim, a atuação do Estado, no desenvolvimento de seu mister administrativo, de seu mister judicial e de seu mister legislativo, deve ter como meta a pessoa humana, impondo-se-lhe além do dever de proteção, a obrigação de promover “as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”.<sup>121</sup>

No campo da eficácia horizontal, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra ressonância no direito privado, pois o respeito aos direitos fundamentais encontra-se consolidado na boa convivência social, no exercício dos atos da vida civil com a consideração ao próximo, evitando-se a prática de atos que afrontem a dignidade de outrem. Assim, as entidades privadas e particulares encontram-se vinculadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o que implica a existência de proteção e de respeito também na esfera de relações entre particulares. Fato é que há muito já se percebeu que, em face da opressão socioeconômica realizada pelos denominados poderes sociais, “o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único e maior inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais”.<sup>122</sup>

Desta maneira, todos os órgãos, funções e atividades estatais, bem como a ordem comunitária, e, portanto, todas as entidades privadas e particulares encontram-se vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o que implica a proteção e respeito em todos os âmbitos de relações, devendo ser assegurado o reconhecimento do homem com destinatário final do princípio fundamental e condicionante da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>121</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 132- 133.

<sup>122</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 133.

### 1.2.1. A consagração da percepção valorativa-progressista

Com a evolução e desenvolvimento histórico da pessoa humana no âmbito individual e social, ocorreu uma percepção valorativa-progressista quanto ao indivíduo em si. Ou seja, com o passar dos tempos e com a evolução das sociedades, vem sendo reconhecido um valor intrínseco em cada ser, digno de tutela, que o individualiza quanto aos demais.

Assim, em se falando de valores, constata-se que a dignidade da pessoa humana se encontra reservadamente coligada à eticidade, não se constituindo em simples princípio moral, mas princípio jurídico. Ou seja, é um valor intrínseco que cada ser humano possui fundado em sua autonomia ética.

Vale observar que essa dignidade, como valor intrínseco e inerente ao ser humano, não foi cunhada, inventada, transformada pelo homem ou pelo Estado. A dignidade da pessoa humana sempre foi um valor preexistente em cada ser, restando ao homem e ao Estado apenas revelar, respeitar e normatizar o referido valor.

Com essa finalidade, a dignidade humana não é uma invenção da Constituição, conforme já afirmado, pois se mostra muito além desse conceito, constituindo um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a pessoa humana.<sup>123</sup>

No pensamento de Immanuel Kant, o homem é um fim em si mesmo e em função de sua autonomia, enquanto ser racional. Portanto, não pode ser tratado como um objeto ou um acessório do Estado. Assim, em sua natureza racional, existe como valor absoluto e fim em si mesmo. Esse valor intrínseco inerente ao ser humano lhe dá guarida perante o Estado e a sociedade em geral de ser respeitado e ser considerado como um ser individual e merecedor de um tratamento digno e apropriado em todos os momentos de sua vida, independentemente de suas ações. Assim, o ser humano merece ser tratado com toda dignidade mesmo nos casos em que praticou atos tidos como reprováveis e indignos na concepção da coletividade.<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> SILVA, José Afonso da. **Interpretação da Constituição**. Palestra proferida no I Seminário de Direito Constitucional Administrativo, no Tribunal de Contas do Município de São Paulo. São Paulo, 3 jun. 2005. Disponível em: <[http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03\\_06\\_05/jose\\_afonso3.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso3.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>124</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67/68.

No escólio de Jorge Reis Novais, o Estado é meio, instrumento que não existe para si, mas que serve as pessoas, assegurando-lhes e promovendo-lhes a dignidade, a autonomia, a liberdade e o bem-estar:

Reflexamente, a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito democrático afasta, como que por definição, qualquer ideia de projecção do Estado como fim em si, como se ele devesse prosseguir o seu próprio engrandecimento enquanto destino de uma pretensa entidade ética em que o indivíduo se devesse, subordinadamente, integrar. A elevação da dignidade da pessoa humana a princípio constitucional dá expressão e fundamento a um novo tipo de relacionamento entre o Estado e o cidadão, ambos reconhecidos ou finalisticamente reconstruídos como pessoais jurídicas que vivem sob a égide do Direito.<sup>125</sup>

Uma das grandes razões para a sublimação do princípio da dignidade da pessoa humana surgiu logo após a Segunda Guerra Mundial como forma de proteção às pessoas de abusos de todas as espécies, torturas, massacres e de violações a direitos existentes à época do fascismo e do nazismo.

No momento em que os seres humanos se tornaram vítimas de todas as espécies de abusos e uma vez rebaixados à categoria de descartáveis, o valor da pessoa humana restou ignorado, tornando-se, assim, necessária a reconstrução dos direitos humanos como paradigma ético-restaurador da lógica<sup>126</sup>, uma nova ordem.

Naquele desafortunado período da humanidade, o ser humano era tratado sem qualquer respeito ou consideração, tendo seus direitos, honra e vida violados de forma corriqueira e sem qualquer sanção aos autores dos barbarismos. A partir daquele momento, o homem tornou-se realmente vulnerável, desprotegido, desvalido, o que exigiu uma reformulação nas posturas clássicas de seus direitos, o que se verificou no pós-guerra.

Assim, a dignidade da pessoa humana passou a ser um dos valores mais caros à humanidade, propagando-se do âmbito filosófico para o discurso político e para os sistemas jurídicos.

---

<sup>125</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina. 2015, p. 59.

<sup>126</sup> MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. **Meio ambiente e direitos humanos**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 7, n. 28, out./dez. 2002, p. 123.

### 1.2.2. A dignidade como princípio fundante dos Direitos Fundamentais

A dignidade da pessoa humana, como elemento fundante dos direitos fundamentais, encontra-se inserida no artigo 1º, inciso III, da Constituição brasileira, conforme já mencionado. É, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a distinção inerente a cada ser humano, tendo-se nele a qualidade de princípio fundamental principal, ou seja:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comum com os demais seres que integram a rede da vida.<sup>127</sup>

Ela possui como característica o fato de ser elemento e medida dos direitos fundamentais. Na qualidade de princípio fundante, constitui valor-guia e núcleo essencial da nossa Constituição formal e material, o que justifica sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.<sup>128</sup>

Jorge Miranda sistematiza as características da dignidade da pessoa humana, explicando que ela se reporta a todas e a cada uma das pessoas; é a dignidade da pessoa individual e concreta. Como o indivíduo vive em comunidade, a dignidade que possui é dele mesmo, e não da situação em si. Aduz que o primado da pessoa é o do ser e não o do ter. Assim, para o autor, a liberdade prevalece sobre a propriedade e a proteção da dignidade das pessoas está para além de sua cidadania, pois postula uma visão universalista da atribuição de direitos. Assevera ainda que a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73

<sup>128</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 75 *et seq.*

<sup>129</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 221-223.

Nas lições de Jorge Reis Novais, a dignidade da pessoa humana, na qualidade de princípio supremo da ordem jurídica, deve prevalecer sobre quaisquer outras razões, valores, bens, interesses ou direitos que apontem em sentido divergente ou antagônico.<sup>130</sup>

Assim, todo o sistema de direitos fundamentais repousaria na dignidade da pessoa humana, fazendo com o que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana atue como o alfa e ômega dos sistemas de liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais.<sup>131</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho discorre que a primeira função dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos de liberdade e garantias, é a defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coativos). Explica que esses mesmos direitos fundamentais cumprem a função de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:

(i) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (ii) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).<sup>132</sup>

Consoante Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana exige e pressupõe o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Se não forem reconhecidos à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á lhe negando a própria dignidade.<sup>133</sup>

Em igual posicionamento, Luiz Edson Fachin sustenta que a dignidade da pessoa humana se constitui em princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Para o autor, o princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais, compondo um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Entende que sua aplicação se dá, portanto, como leme a todo o ordenamento jurídico, compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar.<sup>134</sup>

<sup>130</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina. 2015, p. 9.

<sup>131</sup> DELPÉRÉE, Francis. **O direito à dignidade humana**, in: Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti (Coord.), **Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 151-162.

<sup>132</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 407-408.

<sup>133</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 101-102.

<sup>134</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 190.

A Constituição da República Federativa do Brasil coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, a pessoa e sua dignidade passam a ser consideradas como razão de ser do direito e seu último fundamento (*ratio e telos*) – o homem como valor superior e absoluto.<sup>135</sup> Dessa maneira, as atividades do Estado estão vinculadas ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, impondo-se um dever de respeito e proteção, que se evidencia na obrigação por parte do Estado de abster-se de intromissões na esfera individual que se mostrem contrárias à dignidade pessoal. Cumpre também ao Estado o dever de proteção contra as agressões oriundas de outros particulares.<sup>136</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana assinala um espaço de integridade moral a ser assegurado a todos pela simples circunstância de existirem como pessoas, relacionando-se tanto com a liberdade e valores do espírito, como com as condições materiais de subsistência. O seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade, pois aquém deste patamar não há dignidade.<sup>137</sup>

Desse modo, o princípio é universal, aplicando-se a todos os seres humanos, impondo-se limites ao poder do Estado (direitos fundamentais negativos), assegurando-se o não tratamento como objeto, mas também se garantindo (por meio de prestações positivas) condições materiais mínimas imprescindíveis à vida digna e à subsistência, imprescindíveis à sua existência.

Assim, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de qualquer ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração, a orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional, conforme leciona Flávia Piovesan.<sup>138</sup>

No melhor escólio de Jorge Reis Novais, enquanto princípio supremo da ordem jurídica de Estado de Direito, rejeita-se qualquer tipo de flexibilização de sua vinculatividade

---

<sup>135</sup> FLORÉZ-VALDEZ, Joaquim Arce. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid, Ed. Cuadernos Civistas, 1990, p. 93/163 (tradução do autor).

<sup>136</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 132.

<sup>137</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo**. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista15/revista15\\_11.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2016. p. 40.

<sup>138</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 86-87.

absoluta, justificando-se a insistência da tese da inconceptibilidade de sua sujeição a ponderação com outros bens ou valores, no caso concreto. Assim:

A dignidade humana não se coloca num dos pratos da balança, é certo, não se compara o seu peso com o peso de outros valores, não se pondera com outros bens, não se admite que ceda perante o maior peso de outros interesses, mas, em geral, não é sequer possível apurar a existência de violação do princípio sem uma atenção adequada às circunstâncias do caso concreto, sem valoração de interesses, objetivos e alternativas, e, eventualmente, sem recorrer, para o efeito, a juízos de ponderação.<sup>139</sup>

Por isso, o referido princípio apresenta-se como o de maior hierarquia, projetando uma gama de proposições jurídicas subjetivas e objetivas para além de um mero valor, com a função precípua de tutelar a existência humana com qualidade. Para Ingo Wolfgang Sarlet, além de valor, constitui-se a dignidade também como um direito, juntamente com o respeito e a proteção à vida.<sup>140</sup>

### 1.2.3. A dignidade no plano axiológico e dificuldades na delimitação de seu conteúdo

Na universalidade dos exemplos em que a dignidade vem invocada como princípio jurídico, existe grande dificuldade em especificar o seu conteúdo normativo. Dificuldades também são verificadas em determinar quando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana está ou não a ser violado. O que para alguns é uma ofensa à dignidade, para outros pode o fato apresentar-se como uma exigência do respeito de uma vida digna. Não obstante o direito que cada um possui em uma sociedade aberta e plural, de viver de acordo com as suas concepções e opções, mostra-se importante saber quando pode o Estado de Direito impor, permitir ou proibir determinado comportamento em nome da dignidade da pessoa humana. Relevante ainda verifica-se entender o momento em que a dignidade é constitucionalmente reconhecida e consagrada como base em que assenta a República, saber quando há inconstitucionalidade por eventual violação do princípio constitucional da

---

<sup>139</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**. Vol. 2. Coimbra: Almedina, 2016, p. 242.

<sup>140</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral**. In: MOLINÁRIO, Carlos Alberto et al (Org.). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 175-205.

dignidade da pessoa humana e como se deve fundamentar a correspondente decisão de inconstitucionalidade.<sup>141</sup>

Assim, a determinação de um sentido normativo para a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio jurídico, passa por uma relação entre dignidade e inconstitucionalidade, num Estado dotado de Constituição formal e com justiça constitucional.<sup>142</sup>

Na atualidade, independentemente da existência de dúvidas sobre o seu conteúdo normativo, o reconhecimento constitucional da ideia e do princípio da dignidade da pessoa humana está coligado ao simultâneo reconhecimento dos direitos fundamentais enquanto garantidas constitucionais, que se impõem igualmente à observância pelo Estado.

Assim, a densificação de seu conceito concretiza-se por meio das normas de direitos fundamentais.<sup>143</sup>

O reconhecimento jurídico-formal da dignidade da pessoa humana, em alguns dispositivos normativos constitucionais, confere certeza de que a dignidade deixou de ser simples objeto de especulações filosóficas para transformar-se em uma noção jurídica autônoma de relevante função no direito, fundamento de nosso Estado democrático de Direito.

Essa certeza foi objeto de expressa previsão no texto constitucional brasileiro vigente quando, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet, estabeleceu-se, por exemplo, que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*), bem como quando, na esfera da ordem social, estabeleceu-se o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*). Afirma também o autor que, no art. 230, consignou-se ainda como tal exemplo que a “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo a sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.<sup>144</sup>

Entretanto, essa previsão normativa, como todas as demais existentes, não vem acompanhada de uma fórmula predeterminada, explicativa, incumbindo-se aos operadores do

---

<sup>141</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**. Vol. 2. Coimbra: Almedina. 2016, p. 23-182.

<sup>142</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**. Vol. 2. Coimbra: Almedina, 2016, p. 19.

<sup>143</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina. 2015, p. 67.

<sup>144</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 76.



direito a função de densificar o seu conteúdo, averiguando e revelando o seu significado. Cuidando-se de uma noção universal, a sua natureza jurídica será a mesma, não cabendo ao legislador definir o seu conteúdo, mas deverá apontar os meios necessários para sua promoção, concretização e proteção.

No entanto, permanecem as dificuldades na delimitação de seu conteúdo axiológico, diante de noções conceituais indeterminadas, sendo certo que concepções ideológicas, fatores temporais e especiais acrescentam complexidade à empreitada, verificando-se maior facilidade no reconhecimento de sua violação do que no reconhecimento de sua significação.

Assim, contenta-se com a enumeração de direitos que podem ser fundados na dignidade, seja porque intuitivamente podem ser melhor reconhecidos que definidos, seja pela sua controvérsia, variedade conforme épocas ou mesmo o interlocutor.

Desta maneira, visando a uma densificação conceitual diante de ausência de definição regular, inúmeras referências podem ser formuladas sob duas perspectivas principais. A primeira como um valor autônomo e a segunda como um conjunto de outros valores afins, bens utilidades indispensáveis a uma vida digna.

Deste modo, a dignidade da pessoa humana não é direito concedido pelo ordenamento, mas atributo inerente a todo ser humano, que tem de ser respeitado como pessoa, ou seja, como um fim em si mesmo, o que impede qualquer tratamento como objeto, instrumento ou simples meio para alcance de determinados objetivos, conforme já mencionado.

A dignidade, como um conjunto de valores indispensáveis a uma vida digna, pela sua condição de fonte material dos direitos fundamentais, apresenta a liberdade como um dos destaques dentre esses valores. Esta liberdade se mostra imprescindível ao pleno desenvolvimento e autodeterminação do indivíduo. Também como outro destaque pode-se compreender a igualdade, cuja ausência, restrição arbitrária ou desproporcional implica a negação da própria dignidade. Embora distintos os valores liberdade e igualdade, existe íntima coligação entre eles, não podendo ser confundidos com a dignidade em si.

Antonio Enrique Pérez Luño sustenta que a dignidade da pessoa humana se identifica com o que em certas ocasiões também se denomina de “liberdade moral e se acha estreitamente relacionada com a igualdade, entendida como paridade de estimação social das pessoas”.<sup>145</sup>

---

<sup>145</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y consituición**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 318.

Assim, os direitos de liberdade mostram-se como derivações da dignidade e dentro deste núcleo a autonomia da vontade possui destaque. Esta autonomia da vontade, caracterizada como o direito de autodeterminação, deve ser assegurada a cada pessoa em face do Estado, particulares e poderes privados, não podendo ser dissociada da dignidade, pois constitui elemento central desta noção.

A dignidade, como atributo inerente ao ser humano, não quer dizer superioridade entre os seres humanos, mas diferenciação sobre os seres não humanos. O núcleo material elementar da dignidade compõe-se do mínimo existencial, que se consubstancia no conjunto de bens e utilidades básicas para uma vida com dignidade, exigindo-se prestações materiais positivas do Estado para a sua observância.

Desta maneira, diferencia-se a igualdade formal, constituída pela forma de tratar desigualmente os desiguais, da igualdade material, que se consubstancia em um núcleo material composto de um mínimo existencial, compreendido como um conjunto de bens e utilidades básicas, tais como moradia, saúde, educação fundamental, imprescindíveis para uma vida com dignidade.<sup>146</sup>

Por fim, adverte Jorge Reis Novais que, para manter o caráter de princípio estruturante supremo da dignidade da pessoa humana, não é aconselhável a sua configuração como direito fundamental ou sua identificação singela com os direitos fundamentais. Considerar a dignidade como um direito fundamental é como reconhecê-la como valor limitável, sujeito a ponderação, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. A partir do momento em que admitimos que a dignidade da pessoa humana possa ou deva ceder perante outros valores, tal fato corresponde a uma debilitação objetiva de sua força normativa, que à partida, tenderíamos a atribuir ao princípio supremo do Estado de Direito.

Manter a dignidade exclusivamente na qualidade de princípio constitucional assegure-lhe uma firmeza definitiva ou deixa, na hipótese mais desfavorável, a questão em aberto. Na realidade, ao contrário do que vem sugerido na teoria dos direitos fundamentais, enquanto os direitos fundamentais apresentam uma natureza de *normas-princípio*, sujeitos, assim, à ponderação, à cedência, os princípios estruturantes do Estado de Direito (não obstante serem designados como princípios) apresentam uma natureza bem mais própria com a de *normas-*

---

<sup>146</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo**. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista15/revista15\\_11.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2016, p. 41.

*regra*, ou, pelo menos, normas com estrutural dual. Assim, em qualquer caso, a consideração da dignidade da pessoa humana como verdadeiro direito fundamental deve levar em conta a sua especificidade. De tal modo, ele não seria um direito fundamental tendencioso a proteger o acesso a um determinado bem identificável e delimitável. Seria mais um direito fundamental a ter direitos, a ser titular de direitos fundamentais que a Constituição consagra.<sup>147</sup>

#### 1.2.4. A regra de proteção e o princípio da dignidade da pessoa humana

O dever de consideração, acatamento, respeito, de caráter negativo, traduz-se em uma regra<sup>148</sup>, a que se atribui a renúncia de práticas de condutas vedadas à dignidade, impedindo a consideração do ser humano como simples objeto ou meio para se atingir visados fins.

Esse entendimento deve ser reforçado ante a consideração de que a violação da dignidade somente ocorre quando o tratamento dispensado ao ser humano constitui uma demonstração de desprezo pela pessoa humana.

Desta maneira, a violação à dignidade vai ocorrer quando a pessoa, além de ser tratada como um objeto, é desprezada em razão de uma peculiaridade que ela possui. Por exemplo, no nacional-socialismo alemão os judeus, os ciganos, os homossexuais e outros eram considerados seres inferiores e, por isso, tratados como cobaias em pesquisas.

Naquele período, uma aviltante violação ao preceito da dignidade foi observada na Polônia, em um episódio descrito por testemunha ocular: no Gueto de Varsóvia, quando uma mãe saía de casa para buscar leite para o seu filho e seu marido trabalhava na companhia ferroviária Ostbahn, ela foi abordada e indagada por soldados alemães por que não possuía cartão para saída, um “Ausweis”. Diante de tal fato e sob desesperados gritos, foi ela

---

<sup>147</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2015, p. 84-92.

<sup>148</sup> Cfr. Dworkin, as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, ou seja, uma norma jurídica aplicável na medida de suas prescrições. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e nestes caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 39).

conduzida sem piedade para um caminhão que transportava judeus para o extermínio. Ainda que afirmasse possuir um cartão de trabalho em sua casa e que seu bebê estava sozinho em sua modesta habitação, nada importou aos insensíveis soldados nazistas. A mencionada testemunha assim descreveu a situação envolvendo aquela mãe: “Eu ainda a ouço gritando numa voz meio enlouquecida, entre um soluço de extremo desespero humano e o uivo de um animal”.<sup>149</sup>

Para a averiguação de uma situação de possível violação da regra de proteção, mister se faz a observância de dois requisitos, quais sejam, o objetivo, traduzido este no tratamento da pessoa como mero objeto (fórmula do objeto); e o subjetivo, firmado na expressão de desprezo ou desrespeito à pessoa decorrente deste tratamento, ainda que não observada a intenção ou a finalidade de quem pratica a violação.

Na lição de Jesús Gonzales Perez, para a verificação de eventual violação de regra de proteção da dignidade da pessoa humana, é necessário constatar critérios gerais. No primeiro critério, as circunstâncias pessoais do sujeito são indiferentes, como, por exemplo, a sua nacionalidade, raça, sexo, idade, grau de inteligência. No segundo critério, não se requer intenção ou finalidade. No terceiro, a vontade da possível vítima é irrelevante, salvo em caso de leves violações. No quarto e último critério, as diversas circunstâncias concorrentes devem ser valoradas na qualificação em concreto de uma determinada conduta. Conforme o autor, uma vez identificados estes critérios, torna-se possível identificar as espécies de relações advindas destas manifestações, ou seja, advindas de relações pessoais, relações com o mundo exterior, relações em determinadas atividades.<sup>150</sup>

Por exemplo, a tortura como forma de obtenção de confissão de crime, o tratamento de choque ou mesmo um factível monitoramento cerebral de um preso, constituem, como reconhecido pelo e. STF, no HC nº 70389/SP:

(...) a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete (...) um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e até mesmo a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> ROBERTS, John Morris. **O livro de ouro da história do mundo: da pré-história à idade contemporânea**. 13. ed. Tradução: Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 727-728.

<sup>150</sup> GONZALES PEREZ, Jesús. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986, p. 112-116.

<sup>151</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 70.389/São Paulo**. Relator para o acórdão: Celso de Mello – Tribunal Pleno. Julgamento: 23 jun. 1994. DJ, Brasília, 10 ago. 2001, p. 0003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72400>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

Igualmente, a tortura psicológica com a finalidade de abalar a autoestima de empregado, visando forçar a sua demissão ou apressar sua dispensa por meio de métodos que o sobrecarreguem de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações, ou mesmo fingir que não o vê, resultam em assédio moral. O efeito de tal abuso é o direito à indenização por dano moral, uma vez que ultrapassa o âmbito profissional, pois tais atos minam a saúde física e mental da vítima, corroendo sua autoestima, conforme reconhece o e. Tribunal Regional do Trabalho, 17ª Região, no RO 1315.2000.00.17.00.1 - Ac. 2276/2001 - Rel. Juíza Sônia das Dores Dionízio - 20/08/02 (Revista LTr 66-10/1237).

A evolução dos tempos e dos costumes faz surgir novas hipóteses de potenciais violações. A manipulação genética e a clonagem humana são exemplos, dentre outras e em diversas espécies de relações.

Portanto, as consequências jurídicas após a averiguação de uma situação de possível violação da regra de proteção alcançam desde a constatação desta violação e suspensão da atividade, até o reconhecimento da nulidade do ato, com a consequente reparação do prejuízo.

Por outro lado, se o dever de consideração, acatamento, respeito, de caráter negativo, traduz-se em uma regra, o dever de proteção da dignidade e de promoção de meios para uma vida digna traduz-se em um princípio, de assumido caráter positivo, consistente na exigência de execução de serviços e criações de leis.

Diferentemente das regras, os princípios podem ser efetivados em diferentes níveis ou alcances, eis que podem ser sopesados no âmbito da importância e não apenas no âmbito da validade, como se dá com as regras. Os princípios, por poderem ser satisfeitos em graus variados e por se constituírem em mandamentos de otimização, devem ser cumpridos na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>152</sup>

Assim, a atuação do Estado no desenvolvimento de suas competências administrativa, judicial e legislativa deve ter como meta a pessoa humana, impondo-se-lhe, além do dever de proteção, a obrigação de promover condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que impeçam as pessoas de viverem com dignidade.<sup>153</sup> Conforme José Alexandre Guimarães de Sousa Pinheiro, a dignidade, no entendimento abrigado pelos textos

---

<sup>152</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

<sup>153</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 132- 133.

constitucionais, eleva a gradação do princípio da igualdade, quer a dignidade humanista, quer a dignidade cristã, pois se assentam numa tradição de igualdade entre os homens, pois somos todos criados à imagem e semelhança do Criador.<sup>154</sup>

Revela Jorge Reis Novais que se alguém é reconhecido como sujeito, incabível se mostra o seu tratamento como objeto ou coisa, conforme influência doutrinária de Dürig, bem acolhida pelo Tribunal Constitucional alemão. Desenvolveu-se este critério de apuração de eventual violação de dignidade, em face da proibição da coisificação da pessoa, ou seja, da degradação da pessoa à condição de mero objeto. Tal critério, designado como *fórmula do objeto*, tornou-se parâmetro de controle de dignidade utilizado pela jurisprudência constitucional em diversos países. Para tanto, a dignidade da pessoa humana exige que as imposições que afetem a liberdade de autodeterminação não se façam com o sacrifício de interesses vitais e não sejam inigualitárias, arbitrárias, gratuitas, desproporcionais ou desarrazoáveis, quando verificada a instrumentalização de que se é objeto.<sup>155</sup>

#### 1.2.5. A dignidade e o direito fundamental à autodeterminação informacional

A informação é fator de integração dos povos, assumindo papel de elemento evolutivo com capacidade de determinação inovadora do comportamento social.

O desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação trouxe ao mundo o fenómeno da globalização da informação, o que se tem mostrado fundamental em todos os campos sociais, desde a mais modesta existência humana até a saúde financeira das grandes corporações ou dos Estados.

Como fator de inserção social, a informação deve atuar beneficentemente, para que os desafios dos novos tempos possam propiciar soluções voltadas a conferir plena eficácia aos princípios da dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade,

---

<sup>154</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 2. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 923.

<sup>155</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**. Vol. 2. Coimbra: Almedina. 2016, p. 112-116.

concepções estas reveladas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1948.<sup>156</sup>

Considerando que o Estado é grande detentor de informações e prestador de serviços, por excelência, mostra-se apropriado que se proceda com grande habilidade, idoneidade e segurança na captação, no tratamento, no armazenamento, na comunicação e cruzamento de dados pessoais, ao tempo em que se constatarem preocupações com os riscos do mau uso das informações para fins diversos dos almejados pelo interesse público.

Conforme José Joaquim Gomes Canotilho, o direito fundamental à autodeterminação informativa refere-se à faculdade de o cidadão determinar, controlar e proteger a utilização de seus dados pessoais<sup>157</sup> por terceiros, inclusive em face do Estado, como instrumento de defesa, na proteção de sua privacidade informacional.

O art. 35, da Constituição da República Portuguesa, garante o direito de os cidadãos manterem o controle sobre seus dados pessoais, por meio do direito de acesso, de retificação, de atualização e do direito de conhecer a finalidade para as quais os dados se destinam.<sup>158</sup>

Nas lições de José Alexandre Guimarães de Sousa Pinheiro, o direito à identidade informacional revela-se em um campo em que, tal como o direito à proteção de dados, o computador permanece como problema, não em face do poder público ou de privados, mas em um universo comunicacional, com potencial de lesão a direitos alheios relacionados às informações captadas.<sup>159</sup>

Muito embora o direito à autodeterminação informacional não esteja expresso na Constituição brasileira, este direito fundamental é concebido pelo conjunto de princípios e de outros direitos constitucionais expressos. Sua principal vertente de proteção de dados pessoais, oponível contra o Estado, possui origem nos ordenamentos jurídicos estrangeiros,

---

<sup>156</sup> Declaração Universal dos direitos do Homem: Art. 12: “[...] ninguém será sujeito a interferências na sua privada, na sua família, no seu lar ou na sua honra e reputação” e Art. 22: “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional de acordo com a organização e recursos de cada Estados, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

<sup>157</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 515.

<sup>158</sup> PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**: aprovada pela Assembleia Constituinte em 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 8 dez. 2015.

<sup>159</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 2. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) - Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 951.

em princípios constitucionais constantes de Constituições paradigmas, bem como nas *ratio decidendi* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, do Tribunal Constitucional da Espanha, e do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, como instrumento de defesa na proteção da privacidade informacional.<sup>160</sup>

O direito à autodeterminação informacional encontra guarida no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil,<sup>161</sup> e no princípio do livre desenvolvimento da personalidade, constante da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.<sup>162</sup>

Nessa condição, o princípio da dignidade humana assume *status* de orientador do ordenamento, pois, em associação com os princípios da privacidade, do acesso à informação e o do sigilo das comunicações, possui força normativa cogente imediata, direcionando a interpretação da Constituição e a aplicação de suas normas.

A não positivação de um direito fundamental, por sua vez, não implica a sua inexistência, como adverte José Joaquim Gomes Canotilho, pois perfeitamente admissível falar-se em:

(...) “norma com *fattispecie* aberta” (Baldassare) que, juntamente com *uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente* consagradoras dos direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.<sup>163</sup>

No escólio de José Alexandre de Sousa Pinheiro, a evolução dogmática da proteção de dados evoluiu para um direito à identidade informacional.<sup>164</sup>

Ana Maria Neves de Paiva Navarro sustenta que a existência do direito fundamental à autodeterminação informacional pode ser reconhecida pelo Poder Judiciário e instituições

---

<sup>160</sup> NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O Direito fundamental à autodeterminação informativa**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

<sup>161</sup> Constituição Federal do Brasil, art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”.

<sup>162</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem. Art. 22: “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 24 fev. 2016

<sup>163</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direitos constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379-380.

<sup>164</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 2. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) - Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 914.



públicas brasileiras, em suas atividades deliberativas, por força de interpretação constitucional desenvolvida em face do § 2º, do art. 5º, da Constituição brasileira.<sup>165</sup>

Conforme a autora, a proteção a este direito fundamental é deficiente, em virtude de ausência de legislação específica de proteção de dados pessoais no Brasil, muito embora o Código de Defesa do Consumidor (art. 43, da Lei nº 8.078/90) e a Lei de Acesso à Informação – LAI (art. 31, da Lei nº 12.527/11) cuidem, relativamente, do direito de acesso à informação de consumidor sobre dados pessoais contra si existentes em cadastros e registros, bem como da proteção do sigilo de informações vinculadas, que sejam do interesse da privacidade das pessoas. Diante dessa proteção insuficiente há risco aos interesses nacionais brasileiros no campo do comércio exterior, uma vez que as legislações norte-americanas e as Diretrizes da Comunidade Europeia exigem que os dados dos residentes nos países de origem sejam recepcionados mediante apropriadas garantias de segurança nos países receptores.<sup>166</sup>

De acordo ainda com a autora, este direito fundamental também se apresenta sob aspecto dos deveres de *facere* e *non facere*, a serem observados pelos órgãos de captação, de armazenamento, de tratamento e de comunicação de dados pessoais para a prevenção de danos nesta área. Em meio aos deveres, constata-se o de informar, como também o de subordinação aos princípios administrativos norteadores desta atividade. Assim, é possível se conceber o direito à autodeterminação como eficaz instrumento de controle externo pelo indivíduo ou entidades habilitadas, para que os órgãos competentes envolvidos nesta função obedeçam às boas práticas concernentes à eficaz proteção dos dados pessoais constantes dos registros.<sup>167</sup>

Presta-se este direito fundamental à realização do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como à missão de limitação de riscos de desvios de finalidade, de imparcialidade e de não transparência das decisões institucionais em questões de captação, armazenamento, tratamento e comunicação de dados pessoais pelos organismos estatais.

Com efeito, em um tempo em que o Estado brasileiro erige a transparência como axioma maior, como faz crer a Lei de Acesso à informação, coibir desvios e elevar o nível de proteção dos direitos fundamentais é missão maior de controle da sociedade brasileira.

---

<sup>165</sup> Constituição Federal do Brasil. Art. 5º, §2º: “[...] os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>166</sup> Cfr. art. 25 da Diretiva nº 95/46/CE, em homenagem ao princípio da equivalência da proteção.

<sup>167</sup> NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O Direito fundamental à autodeterminação informativa**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

Ao cabal exercício do direito de autodeterminação informativa, apresentam-se os institutos do direito de ação, do direito de petição, aquele por meio de instrumentos oferecidos pela legislação processual como, por exemplo, o *habeas data*, o mandado de segurança, as ações ordinárias, as ações cautelares e os requerimentos e recursos administrativos que, intentados perante os órgãos próprios, devem garantir o direito de acesso, de correção, de supressão, de oposição e de limitação de tratamento<sup>168</sup>.

A autodeterminação informacional é direito fundamental reconhecido pelo Tribunal Constitucional alemão em 1983, no julgamento do feito (BVerfGE 65, 1)<sup>169</sup> e se refere a coleta de informações relativas a dados pessoais pelo poder público, autorizada pela Lei do Censo. No trabalho de captação de dados, não se conferia garantias de uso das informações às únicas finalidades da legislação e de anonimato dos participantes. Assim, o indivíduo era colocado no centro do processo informacional, com direito a conhecer e a consentir em tratamento de dados que lhe dissessem respeito.

O nefando e traumático experimento da Segunda Grande Guerra, quando as coletas de dados pessoais serviram à política arbitrária e discriminatória do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães contra o povo, por certo, guiou a decisão daquela excelsa Corte, nos idos de 1983.

Aquele Tribunal reconheceu a existência de um direito como oriundo dos enunciados gerais sobre direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana, o direito geral da personalidade e do livre desenvolvimento da personalidade, erigindo uma “barreira normativa” contra a tendência de transformar o indivíduo em mero objeto informacional.<sup>170</sup> Tal direito é de natureza material e oponível contra o Estado.<sup>171</sup>

Ressalta José Ricardo Guimarães de Sousa Pinheiro que a doutrina esclarece a autodeterminação informacional em um ciclo onde coexistem os direitos à autodeterminação e à autopreservação. Por outro lado, o direito à determinação informacional sujeita-se a limitações ditadas pela inserção social do indivíduo. Estes limites devem ser previstos em lei e respeitar o princípio da proporcionalidade, que funciona como graduação da limitação dos

---

<sup>168</sup> NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O Direito fundamental à autodeterminação informativa**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

<sup>169</sup> Disponível em: <<http://www.emr-sb.de/datenschutz-urteile-nachrichtenleser/items/bverfge-65-1-volkszaehlung.html>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

<sup>170</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 2. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) - Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 574 e 582.

<sup>171</sup> Cfr. HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

direitos fundamentais. Assim, a captação de dados pessoais não é ilimitada, principalmente, nos casos de atividades administrativas, devendo ser identificados os tipos, natureza e forma de utilização. Impede-se, assim, os abusos no que diz respeito aos dados com repercussão social e não informações da esfera íntima, bem como aquelas informações que possam contribuir para a autoincriminação do titular, devendo ainda ser observado o princípio da finalidade e da limitação ao mínimo necessário para o alcance do interesse público.<sup>172</sup>

Ana Maria Neves de Paiva Navarro sustenta que, no exercício da autodeterminação informacional, é facultado ao cidadão exercer o controle sobre a legitimidade da captação, do tratamento, do cruzamento, da comunicação e da utilização dos seus dados pessoais, encontrando os seus limites na lei, em face de manifesto interesse público, com a observância ainda do princípio da proporcionalidade.

Ainda conforme a autora, nos idos de 1970, a comunidade europeia, em iniciativa primeva, regulamentou matéria sobre bancos de dados pessoais, vedando a Resolução nº 428, da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, o acúmulo de informações sobre uma determinada pessoa que a pudesse tornar “exposta e transparente”. Delineou-se, naquela oportunidade, a criação de mecanismos em favor da supressão de informações pessoais excedentes e desnecessárias, acreditando ser este o melhor caminho para a imparcialidade das deliberações públicas, cumprindo-se, por certo, o princípio da eficiência. Já no ano de 2000, os artigos 7º e 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>173</sup>, conferiam proteções à vida privada e familiar, bem como a dados pessoais. Estas proteções, juntamente com o julgado do Tribunal Constitucional alemão de 1983 (BVerfGE 65, 1) e com disposições das Constituições de Portugal e Espanha, convergiram na consagração do direito à autodeterminação informacional entre os Estados-membros da Comunidade Europeia.<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 2. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) - Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 574 e 576-577.

<sup>173</sup> Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2016.

<sup>174</sup> NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O Direito fundamental à autodeterminação informativa**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

## CAPÍTULO II – O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

### 2.1. O Direito Fundamental à privacidade em sua evolução histórica

No capítulo anterior, verificou-se ser inseparável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais. Nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu alusão expressa, não se pode concluir que ela esteja ausente, na condição de valor informador de toda ordem jurídica. Para sua constatação, faz-se necessário que estejam assegurados e reconhecidos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Os direitos fundamentais constituem, assim, revelações da dignidade da pessoa e em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor e princípio normativo fundamental, impõe e presume o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões, ou gerações, muito embora nem todos os direitos fundamentais tenham um fundamento relacionado à dignidade da pessoa humana. Deste modo, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.<sup>175</sup>

Conforme Rodrigo Zasso Schemkl, a privacidade, desde os primórdios das culturas hebraica, grega e chinesa antiga, já era preocupação histórica, havendo referências bíblicas de sua proteção. Ela consistia, quase sempre, no "direito a estar só".<sup>176</sup> Na Roma antiga, a privacidade era observada na reserva de práticas religiosas afeitas aos membros da família. No direito romano, à época de Ulpiano, já existiam certas premissas que se relacionavam ao interesse do Estado, embora este ainda não configurasse o instrumento de representação

---

<sup>175</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 101.

<sup>176</sup> SCHEMKEL, Rodrigo Zasso. **Violação do direito à privacidade pelos bancos de dados informatizados**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 812, 23 set.2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7309>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

popular.<sup>177</sup> Mesmo assim, surgiu na Roma antiga a base dos demais direitos à privacidade, que se consubstanciavam nas primeiras medidas protetivas do direito à honra.

Conforme Aparecida Amarante:

A honra encerrava, no direito romano, a plena posse dos direitos civis (*dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus* – o estado de dignidade ileso comprovado pelas leis e pelos costumes) – e que inicialmente, era tutelado pela *Actio Injuriarum* (ação privada), mas que, durante o Império, em decorrência do interesse público, que assim o exigia, passou a ser objeto de proteção criminal.<sup>178</sup>

A privacidade surgiu do exercício do direito de propriedade, pois somente possuidores e proprietários poderiam praticar atos sem a observação de terceiros, servindo a propriedade de barreira contra intromissões alheias, segundo Antonio Enrique Pérez Luño.<sup>179</sup>

Na Inglaterra do século XVII, surgiram as primeiras alusões jurídicas sobre a privacidade, entendidas com a positivação do princípio da inviolabilidade de domicílio, *man's house is his castle*, delimitando, assim, o espaço privado em face do Estado.<sup>180</sup> Deste modo, na idade média, as habitações eram reconhecidas como lugar reservado, de sossego e recato.

O conceito de privacidade, assim, estaria ligado ao surgimento da burguesia, ganhando autonomia ideológica. A intimidade era um privilégio das classes sociais mais altas e dos indivíduos que viviam à margem da sociedade, como os excluídos de toda a sorte. À medida que as condições sociais e econômicas conduziam ao desenvolvimento dos núcleos urbanos, crescia na burguesia emergente a expectativa de proteger a intimidade.<sup>181</sup> Portanto, o direito à intimidade se alicerçou como uma aspiração burguesa, transformando a regalia de alguns em expectativa de muitos.

Advindo o Estado Liberal e capitaneada pelo pensamento delineado por Stuart Mill<sup>182</sup>, a intimidade da vida privada se relacionava a circunstâncias concernentes à vida do indivíduo, suas ideologias, escolhas e pensamentos e somente a ele diziam respeito. Fatos e

---

<sup>177</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Interesse público: verdades e sofismas**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinicius (Coord.). *Supremacia do interesse público sobre o privado e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 69.

<sup>178</sup> AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 24.

<sup>179</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2005, p. 327.

<sup>180</sup> DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade**. In: *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (Coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 113.

<sup>181</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2005, p. 327.

<sup>182</sup> MILL, Stuart. **On Liberty**. Estados Unidos da América, 2004.

circunstâncias que originassem deveres e responsabilidades eram aqueles que afetavam os outros indivíduos.

Em 1890, nos Estados Unidos, Samuel Warren e Louis Brandeis publicaram na *Harvard Law Review* o artigo “*Right to Privacy*”<sup>183</sup>, dissertando sobre a autonomia da proteção da personalidade humana. Os autores denunciavam como a fotografia, os jornais e os aparatos tecnológicos tinham invadido os domínios da vida privada e doméstica, tornando-os públicos, cuidando-se de uma primeira identificação no *common law* de um direito à privacidade. Eles consideraram que esta autonomia não podia mais ser protegida pela invocação da violação de um direito de propriedade privada, da confiança, da honra, ou de qualquer obrigação de tipo contratual. Assim, não era princípio correlato à propriedade privada, mas da inviolabilidade da personalidade.<sup>184</sup> Com o *right of privacy*, não estava em causa a veracidade dos fatos publicados, mas o direito a que certos fatos não ganhassem o conhecimento público.<sup>185</sup>

Na aceção de Rita Amaral Cabral, o *common law* teria evoluído da proteção da personalidade física para a tutela dos pensamentos, emoções e sensações do indivíduo, dando lugar à consolidação de um princípio autónomo denominado de direito à privacidade. Ressalte-se que sua violação importaria em responsabilidade por ato ilícito.<sup>186</sup> Assim, reconheceu-se a natureza espiritual do homem, de seus sentimentos e de seu intelecto. Aos poucos, a abrangência destes direitos legais passou a traduzir o direito de ser deixado em paz, e o direito à liberdade assegurou o exercício de amplos privilégios civis.

Essa aceção corresponde a uma dimensão humana carecedora de proteção face aos perigos provocados pelo excesso de difusão de informações por meio da imprensa escrita, também identificada pelo “*Right to be let alone*”<sup>187</sup>, ou seja, o direito de ser deixado só. Evidenciou-se, desse modo, o primeiro passo para o reconhecimento dos fundamentos do instituto jurídico do direito à privacidade, o que implicou a influência do pensamento jurídico norte-americano, com irradiação nos outros sistemas jurídicos. Warren e Brandeis justificaram

---

<sup>183</sup> WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The Right to Privacy**. In *Harvard Law Review*, Vol. IV, December 15, 1890, nº 5.

<sup>184</sup> WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The Right to Privacy**. In *Harvard Law Review*, Vol. IV, December 15, 1890, nº 5.

<sup>185</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 1. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 364.

<sup>186</sup> CABRAL, Rita Amaral. **O Direito à intimidade da vida privada. Breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil**. Tipografia Guerra Viseu. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 1988, p. 16.

<sup>187</sup> A expressão, muito embora atribuída a Warren e Brandeis, foi definida pelo Juiz Thomaz McIntyre Cooley em seu *Treatise of the law of torts*, Callaghan, 1888.

a necessidade do reconhecimento do direito à privacidade na vida moderna, que tornou o homem mais sensível à publicidade, de modo que a solidão e a intimidade passaram a ser mais essenciais.

Reafirma-se, assim, que o direito à privacidade surgiu de uma concepção burguesa, como instrumento útil para defesa da propriedade, e evoluiu até o reconhecimento de um direito próprio, dotado de autonomia, tendente a tutelar os pensamentos, as emoções e as sensações dos indivíduos, ou seja, aspectos ligados à vida privada e a intimidade do ser humano. Sobressaíam na proteção à privacidade a essência de direito negativo, com a abstenção do Estado no campo privado individual para a sua garantia. Assim, pelo que se extrai do artigo de Warren e Brandeis, a privacidade, de caráter profundamente individualista, encontra-se definida na aversão a qualquer ingerência não consentida na vida privada, estando o fato privado ligado ao espaço da vida doméstica e das relações sexuais.

Na identificação do direito, definiram também Warren e Brandeis os limites do direito à privacidade: i) o direito à privacidade não proíbe a publicação de matéria que é de interesse público ou geral; ii) o direito à privacidade não proíbe a comunicação de qualquer matéria, embora em sua natureza privada, quando a publicação é feita em circunstâncias que a tornam uma comunicação privilegiada de acordo com a lei de calúnia e difamação; iii) a reparação não será exigível se a intromissão for gerada por uma revelação verbal que não cause danos; iv) o consentimento do afeto exclui a violação do direito; v) a alegação de veracidade da informação pelo agressor não exclui a violação do direito; vi) a ausência de dolo não exclui a violação do direito.<sup>188</sup>

Conforme José Alexandre Guimarães de Sousa Pinheiro, o conceito de *privacy* e a proteção de dados são aquisições recentes na ciência jurídica. Abrangendo o termo “quase” toda a atividade humana, o conceito americano de *privacy* e seu texto fundador foi introduzido pelo artigo “*The Right to Privacy*”, de 1890, elaborado por Warren e Brandeis, a partir de exemplos do *common law*. Estes autores procuraram solucionar o problema da intrusão na esfera privada dos indivíduos de novos meios tecnológicos, como a máquina fotográfica, e tem como fundamento o “*Right to be let alone*”. A noção de *privacy* idealizada no artigo de Warren e Brandeis relaciona-se, essencialmente, à “publicidade indesejada”. Essa concepção de *privacy* possui a mesma natureza, aparentemente, daquela encontrada no precedente *De may v. Roberts*, no qual foi enfatizado o “o espaço sagrado da casa e da vida

---

<sup>188</sup> WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The right to privacy**. In *Harvard Law Review*, Vol. IV, December 15, 1890, nº 5.

doméstica”. Pelo conceito alemão, o direito da proteção de dados, que abrigava a autodeterminação informacional, instituía que o titular dos dados pessoais tinha o direito de conhecer e permitir a recolha, o armazenamento, o uso e a transmissão de informação pessoal, salvo quando a lei funcionasse como condição de legitimidade.<sup>189</sup>

O texto de Warren e Brandeis se direciona àqueles que podem ser atingidos pela imprensa. Não obstante sua relevância, este tratamento direcionado à imprensa é fraco se considerarmos o bem jurídico que a *privacy* pode proteger.<sup>190</sup>

Afirma José Alexandre Guimarães de Souza Pinheiro que a *privacy* e a autodeterminação informacional são elementos imprescindíveis às sociedades democráticas e devem ser resgatados da incerteza dos tempos gerados pelos avanços tecnológicos e pelo afrouxamento dos valores. Assim, nas sociedades em que as informações pessoais são organizadas de forma que seu acesso é facilitado, a proteção de dados pessoais e a *informational privacy* adquirem superior relevo.<sup>191</sup>

## 2.2. O contexto de um modelo de direito à privacidade

A tentativa de conceituar o direito à privacidade é tarefa difícil. Uma das definições do direito à privacidade se verifica na habilidade de uma pessoa em controlar a sua exposição. Ou seja, a privacidade é ter controle sobre as informações existentes sobre si e exercer um controle de forma consistente, utilizando seus interesses e valores pessoais. Deste modo, toma-se, pois, a privacidade como o conjunto de informações acerca de um indivíduo, que,

---

<sup>189</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 1. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) - Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 3, 67-68 e 368.

<sup>190</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 1. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 389.

<sup>191</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 1. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) - Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 90 e 116.



por sua vez, pode decidir mantê-las sob o seu controle exclusivamente ou, se quiser, comunicar a outrem, nas condições que desejar”.<sup>192</sup>

Como referem Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, trata-se de uma faculdade que cada pessoa tem de impedir a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar. Além disso, obsta o acesso a informação sobre a privacidade de cada um e impede que sejam divulgadas informações sobre a área da manifestação existencial do ser humano.<sup>193</sup>

Na acepção de Celso Lafer, tal garantia se traduz no:

(...) direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada.<sup>194</sup>

É preciso ter em mente que a expressão privacidade não deve ser confundida com aquilo que deve ser camuflado, escondido, o que é secreto ou aquilo que os outros não podem ver ou saber. Pelo contrário, tal expressão se alinha à ideia de controle de detalhes das vidas das pessoas, estipulando-se quais fatos ou particularidades devem ficar reservados para a sua morada e quais os outros devem ser levados para fora dela.

Mas para a delimitação do âmbito de proteção desse direito, deve-se partir da própria noção de privacidade prevista na Constituição Federal, em associação com o princípio e com o conceito da dignidade da pessoa humana. Desse modo, define-se o espaço da esfera privada de cada um, devidamente ajustado ao parâmetro da vida contemporânea.

Desta maneira, quanto ao conteúdo, o limite entre o público e o privado é aferido pelo campo do que é compartilhado e do que não é compartilhado, havendo aspectos mostrados ao conhecimento alheio, havendo outros que requerem reserva, cabendo ao indivíduo decidir aquilo que será ou não compartilhado com todos, com alguns, ou, em uma esfera mais íntima, com nenhuma outra pessoa.

No escólio de Gilmar Ferreira Mendes, o isolamento periódico à vida privada é necessidade de todo indivíduo para manutenção de sua saúde mental. A submissão constante à observação alheia propicia o fomento a críticas e curiosidades. Tal circunstância não propicia a tranquilidade emocional necessária para a autodeterminação e autossuperação do indivíduo. Há consenso de que o direito à privacidade se traduz na pretensão do indivíduo de estar

---

<sup>192</sup> PEREIRA, J. Matos. **Direito de informação**. Edição do autor, Lisboa: Associação Portuguesa de Informática, 1980, p. 15.

<sup>193</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, p. 63-64.

<sup>194</sup> LAFER, Celso apud AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). **Jornada de direito civil**. Brasília: CJE, 2003, p. 108.

separado de grupos, mantendo-se livre da observação de outros. Confunde-se, assim, com o direito de desfrutar do anonimato, ocasião em que o indivíduo se vê livre de identificação e de fiscalização. Estudos clássicos de William Prosser apontam quatro meios básicos de invadir a privacidade de um indivíduo: (i) intromissão em seu isolamento; (ii) exposição pública de fatos privados relacionados ao referido; (iii) exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público, o que se dá quando este é apresentado de modo inexato ou censurável; (iv) apropriação de nome e imagem do indivíduo para fins comerciais. Entretanto, no Brasil as interferências indevidas por parte do Estado podem ser combatidas com a invocação do princípio da proporcionalidade, bem como do princípio da liberdade em geral. Este último princípio não admite restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias a alguma finalidade de origem constitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana também é lembrado por presumir o reconhecimento de autonomia do indivíduo, bem ampliada no quadro de valores constitucionais. Em sentido mais restrito, o direito à privacidade estaria relacionado à pretensão do indivíduo de não ser foco das observações de outrem, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e atributos particulares expostos a terceiros ou ao público em geral. Assim, como sucede a qualquer outro direito fundamental, o direito à privacidade encontra limitações na própria circunstância da convivência em comunidade e de outros valores constitucionais.<sup>195</sup>

Ilustrando esta última hipótese, na Apelação nº 3.059/91, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro concedeu indenização a artista, diante de ofensa à sua intimidade e vida privada. O indivíduo teve sua fotografia publicada em revista de grande circulação, sob legenda que mencionava: “como os artistas se protegem da AIDS”. Em outra manchete, o nome do artista foi citado juntamente com outros, fazendo-se crer que o referido era portador da doença. Noticiava-se ainda irritação de artistas com insinuações falsas de que padeciam da doença. O voto registrou que:

“Nenhum homem médio poderia espancar os seus mais íntimos sentimentos de medo e frustração, de indignação e revolta, de dor e mágoa, diante da divulgação do seu nome associado a uma doença incurável, (...) que tanto desespero tem causado à humanidade. E, mais, nenhum homem médio poderia conter tais sentimentos se, oferecido ao desmentido, munido de atestado médico próprio, visse novamente, com divulgação ampliada pelo poder da televisão, o seu nome manipulado para a mesma associação”. Acrescentou: “Não é lícito aos meios de comunicação de massa tornar pública a doença de quem quer que seja, pois tal informação está na esfera ética da

<sup>195</sup>

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 267-268.

pessoa humana, é assunto que diz respeito à sua intimidade, à sua vida privada, lesando, ademais, o sentimento pessoal da honra e do decoro”.<sup>196</sup>

Desta maneira, para Gilmar Ferreira Mendes, a divulgação de fatos, a depender das circunstâncias do caso concreto, poderá ser considerada como abusiva ou não. É possível, ainda, descobrir-se um interesse público por certo acontecimento ou determinada pessoa, acobertado por norma constitucional que justifique o afastamento da pretensão de ser deixado só. Assim, dependendo do modo da vida da pessoa, a extensão e a intensidade da proteção à vida privada poderá ser reduzida, mas não se anulando, quando se tratar de celebridade. Os direitos fundamentais podem ser objeto de autolimitação, que não esbarre no núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.<sup>197</sup>

Verifica-se, portanto, que há possibilidade de reduzir-se a extensão e a intensidade de proteção à vida privada, dependendo do modo de viver do indivíduo.

Não há possibilidade de anulação dessa proteção, pois, como cediço, os direitos fundamentais são irrenunciáveis, imprescritíveis, universais, interdependentes, efetivos, complementares e não podem ser retirados da pessoa humana. São oponíveis a todos que se encontram sob a égide da Constituição, sendo dever do Estado e de seus órgãos observá-los e fazê-los respeitar, bem como protegê-los de eventuais abusos que possam sofrer quando implementados nas relações entre particulares.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, garante proteção ao direito à privacidade, assegurando indenização pelo dano material ou moral em virtude de sua violação. O constituinte brasileiro, em terminologias separadas, prescreveu a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (física) do ser humano. Desta maneira, a Constituição brasileira de 1988 tratou separadamente a intimidade de outras manifestações da privacidade (vida privada), honra e imagem das pessoas (art. 5º, inc. X).<sup>198</sup>

Assim, o direito à intimidade e o direito à vida privada cuidam-se de institutos distintos, havendo dificuldade para distinção de seus conceitos.

---

<sup>196</sup> Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação 3.051/91**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/apela305991.htm>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

<sup>197</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 269.

<sup>198</sup> Art. 5º, inc. X – “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O primeiro direito apresenta peculiaridades mais restritas que o segundo. Assim, a diferença, em síntese, reside no fato de a intimidade pertencer a um círculo mais restrito do que o direito à vida privada.<sup>199</sup>

A teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada ou teoria das esferas da personalidade procura definir em três círculos concêntricos os diversos ambientes de privacidade. Desenvolvida por Heinrich Hubmann e, posteriormente, trabalhada por Heinrich Henkel com algumas distinções, a teoria forneceu o embasamento para a distinção dos institutos pelo constituinte brasileiro. Explica José Alexandre Guimaraes de Sousa Pinheiro que o aspecto principal do direito da personalidade mostra-se na individualidade como bem especial da personalidade. A preservação jurídica da personalidade contra a massificação e a curiosidade implica o reconhecimento de três círculos de proteção. A construção do direito geral de personalidade torna-se uma forma eficaz de criar ferramentas jurídicas de defesa contra ações invasivas ocasionadas por novos avanços tecnológicos.<sup>200</sup>

Segundo a teoria, que no Brasil é majoritariamente adotada na forma desenvolvida por Henkel, no núcleo estaria a esfera do segredo (*Geheimsphäre*), que abrange a psique, onde não se pode penetrar, pois é o campo próprio da inviolabilidade que é protegida pelo Direito, impedindo-se a tortura psicológica e física, a “lavagem cerebral” e a confissão forçada.<sup>201</sup>

Em torno deste núcleo, está a esfera da intimidade (*Vertrauenssphäre*), onde são alocadas informações que, apesar de muito restritas, são compartilhadas pelo indivíduo com reduzido número de pessoas, como os integrantes de seu ambiente familiar e amigos íntimos, além de certos profissionais que, em razão do ofício exercido, acessam essas informações, como psicólogos, e advogados.

E em torno de ambas as esferas, em um círculo de maior amplitude, encontrar-se a esfera privada (*Privatsphäre*), onde se verificam aspectos de confidencialidade, onde a confiança é o elemento que leva o indivíduo a compartilhar o seu conteúdo com outra pessoa pertencente ao campo da vida privada e familiar, como, por exemplo, situação financeira, vida conjugal, etc. Conforme refere Carlos Alberto Bittar, no campo da privacidade são protegidos entre outros bens, confidências, informes de ordem pessoal (dados pessoais), recordações pessoais, memórias, diários, relações familiares, lembranças de família, sepultura, vida

<sup>199</sup> DINIZ, Maria Helena. **Teoria geral do direito civil**, 1. Vol. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 135.

<sup>200</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 2. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 540 e 542.

<sup>201</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos – A honra, a intimidade e a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. atual. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 56-57.

amorosa ou conjugal, atividades negociais, saúde física e mental, reservados pela pessoa para si e para seus familiares, e, portanto, afastados da curiosidade pública.<sup>202</sup>

Segundo Bruno Henrique Di Fiore<sup>203</sup>:

A **privacidade** é o círculo da vida privada em sentido estrito (*Privatsphäre*), em que repousam as relações interpessoais mais rasas, na qual não há um amplo grau de conhecimento da vida alheia, beirando o coleguismo. O acesso ao público é restrito, mas seu grau de adstrição é o menor dentre as 3 esferas, sendo que o interesse público é motivo plausível para sua violação. É neste círculo que repousa, por exemplo, o sigilo de dados telefônicos (acesso à relação de ligações efetuadas e recebidas), que pode ser quebrado pelo Poder Judiciário ou por CPI. Nesta esfera também se encontram os episódios de natureza pública que envolvam o indivíduo, extensíveis a um círculo indeterminado de pessoas e por isso não protegidos contra a divulgação.

A **intimidade** é o círculo intermediário (*Vertrauensphäre*), que congloba informações mais restritas sobre o ser humano, compartilhadas com reduzido número de pessoas de seu ambiente familiar, amigos íntimos e profissionais que têm conhecimento das informações em razão do ofício (a exemplo de psicólogos, padres e advogados). É neste círculo que se encontram protegidos o sigilo domiciliar, profissional e das comunicações telefônicas, que sofrem restrições mais agudas para sua abertura, a exemplo da última cuja quebra só pode ser decretada por decisão judicial fundamentada.

O **segredo** (*Geheimsphäre*) é o círculo mais oculto das esferas da privacidade *lato sensu*, no qual são guardadas as informações mais íntimas do Eu, que muitas vezes não são compartilhadas com outros indivíduos e sobre as quais o interesse público não poderá se imiscuir, a exemplo da opção sexual, filosófica e religiosa.

Sobre todas as três esferas, o indivíduo deseja manter um controle exclusivo e essa tutela se dá pelo que se chama de direito à privacidade.

A doutrina originalmente apresentada sobre a teoria das esferas, tendo a unicidade da personalidade como ponto de partida axiomático, baseia-se em um “eu individual”, que merece maior proteção jurídica do que o indivíduo diluído na esfera social e não se encontra imune a críticas. A principal crítica consiste em ver a teoria como o reflexo ordenado de uma sociedade suficientemente consolidada para permitir uma estruturação esquemática do indivíduo. A distinção entre os espaços íntimo, privado e público propicia a distribuição de bens jurídicos como próprios de cada um deles, com níveis de proteção e incidências valorativas distintas. A limitação da esfera privada depende mais da avaliação, dos casos e das circunstâncias que envolvem o caso concreto do que uma intervenção dogmática. A possibilidade de transformação dos bens da esfera íntima em públicos e a necessidade de assegurar proteção eficaz a bens da personalidade objeto de divulgação pública, como

<sup>202</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173-174.

<sup>203</sup> DI FIORE, Bruno Henrique. In: **Teoria dos círculos concêntricos da vida privada e suas repercussões na praxe jurídica**. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201109281258590.Artigo\\_brunofiore.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201109281258590.Artigo_brunofiore.doc)>. Acesso em: 29. out. 2013.

registros ou contratos, contribuem para colocar em crise não apenas uma conformação da teoria das esferas, mas a própria teoria.<sup>204</sup>

Conforme ressalta Jose Alexandre Guimaraes de Sousa Pinheiro, a crítica habitual é de que a teoria das esferas se fundamenta numa base relativista, não oferecendo lastro suficiente para assentar os bens jurídicos da personalidade objeto da tutela, entendimento este fortalecido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, após a Decisão dos Censos, de 1983.<sup>205</sup> Assim, verifica-se uma ausência de conteúdo material e a correspondência da teoria com o objeto da proteção que é a personalidade do indivíduo.<sup>206</sup>

Informa ainda o autor que, apesar de dogmaticamente suplantada, a teoria das esferas encontra acolhida em algumas jurisprudências do Tribunal Constitucional português, pois o núcleo essencial do direito fundamental, consubstanciado na reserva da intimidade da vida privada, previsto no art. 26, nº 1, da Constituição portuguesa, é demasiadamente exposto na sua esfera pessoal íntima. A estes entendimentos sobre a vida privada alinhados em camadas deve responder-se com um conceito de esfera privada, culturalmente adequado à vida cotidiana.<sup>207</sup>

### 2.3. O direito à vida privada como decorrência da personalidade

Como é cediço, todos os direitos gravitam em torno do direito à vida. A vida privada, como direito, decorre da personalidade, constituindo-se em importante referencial, dada a preocupação constitucional em se assegurar maior proteção e efetividade às garantias

---

<sup>204</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 2. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 543-544.

<sup>205</sup> Os censos de 1933 e de 1939 foram utilizados na Alemanha com fins discriminatórios, para seleção e extermínio de pessoas. Afirmou o Tribunal que o direito geral de personalidade garante ao indivíduo proteção contra a coleta, armazenamento, uso e transmissão ilimitados de dados pessoais, admitindo-se limitações fundadas na lei e na Constituição.

<sup>206</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 2. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 544.

<sup>207</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 1. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 910-911.

individuais. A Constituição atribui especial consideração jurídica, reconhecendo o direito à vida privada como um mister basilar da indispensável convivência social entre os seres humanos.

A Constituição brasileira, em seu art. 5º, *caput*, garante a inviolabilidade do direito à vida, e esta vida, na acepção de José Afonso da Silva, agrega-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais), constituindo-se em fonte primária de todos os outros bens jurídicos.<sup>208</sup> Desse modo, a vida do indivíduo é uma intimidade consigo, traduzida em uma consciência de saber-se, dar-se conta, tomar uma posição sobre si mesmo. Em seu teor conceitual, a vida do indivíduo abrange o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à integridade físico-corporal, o direito ao respeito, o direito à integridade moral, o direito à privacidade e o direito à existência.

O direito à vida privada, como espécie dos direitos da personalidade, demanda a compreensão do que se traduz por direitos da personalidade.

A personalidade tem sido entendida como a aptidão da pessoa para ser sujeito de direitos e assumir obrigações no âmbito jurídico. A pessoa, ao adquirir direitos e assumir obrigações, passa a responder por todos os atos e fatos correlatos à sua vida.

A personalidade, como conjunto de caracteres próprios da pessoa física e jurídica, não se reveste de direito, mas de objeto do direito. São atributos da pessoa, como a honra, o nome, a liberdade e a intimidade. Assim, os direitos da personalidade se integram à própria noção de pessoa, como a vida, a honra, a integridade física, a imagem, a privacidade, representando esses direitos verdadeiras muralhas antepostas pelo direito como defesa da pessoa frente a invasões de qualquer outro componente da sociedade.<sup>209</sup>

Portanto, os direitos da personalidade são, via de regra, indisponíveis; igualmente inatos, ou seja, originários da pessoa e dela não podem ser retirados; intransmissíveis; imprescritíveis, não se exaurindo pelo uso ou inércia; impenhoráveis; vitalícios; irrenunciáveis e ilimitados, não se concebendo um número fechado de direitos inerentes ao cidadão.

---

<sup>208</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 200.

<sup>209</sup> AMORIM, José Roberto Neves. **Direito sobre a história da própria vida**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 87, n. 749, p. 19, mar. 1998.

O desenvolvimento da personalidade implica ações individuais que podem ocorrer dentro de conjunturas sociais. A avaliação da ação pessoal depende de um contexto onde ela é desenvolvida, as suas finalidades e as suas consequências. A existência de um público não almejado traz ao indivíduo um efeito de intimidação com limitação do conteúdo de exposição pessoal. Assim, o desenvolvimento da personalidade se constata por ações e renúncias assumidas, fazendo ambas parte da extensão com que o meio pode distinguir um indivíduo em sua esfera privada, o que se traduz num legítimo direito fundamental. Ao Estado só é permitida a penetração na esfera privada com o preenchimento de pressupostos legais, sendo possível distinguir entre o incômodo da intervenção causado por entidades públicas, conforme a intensidade da pesquisa. A intervenção pode ter como objeto a ciência de um modo de vida pessoal do indivíduo.<sup>210</sup>

Conforme Carlos Alberto Bittar, em face dos direitos da personalidade, a pessoa é ao mesmo tempo sujeito e objeto de direitos, remanescendo a coletividade, em sua generalidade, como sujeito passivo. Trata-se de direitos oponíveis *erga omnes*, portando, devem ser respeitados pelos integrantes da coletividade, impondo-se a todos a observância e o respeito a cada pessoa, em seus atributos físicos, psíquicos e projeções sociais, sob pena de sanção legal.<sup>211</sup> Deste modo, os direitos da personalidade são essenciais às pessoas humanas e garantidores de todo o âmbito individual. Assim, reafirmam-se como personalíssimos, vitalícios e intransmissíveis, em regra, necessários e oponíveis *erga omnes*. Possuem posição singular no âmbito dos direitos privados por protegerem valores inatos ou originários da pessoa humana e também da pessoa jurídica, como a vida, a honra, a identidade, o segredo e a liberdade.

Portanto, o direito à privacidade é dotado de caráter dúplice, conforme Edilson Pereira de Farias, pois, além de ser um direito fundamental com reconhecida proteção pelo ordenamento jurídico, constituiu-se, ao mesmo tempo, um dos direitos da personalidade, essenciais à pessoa humana. Desta maneira, na acepção do autor, os direitos da personalidade reportam-se ao âmbito do direito civil, e foram assim perfilados, ou seja, no âmbito do direito privado, o que implicaria tensão entre os particulares. Sua esfera de atuação se estende às relações *inter privato*. Somente quando esses direitos da personalidade são recepcionados pela

---

<sup>210</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 2. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 551-552.

<sup>211</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8. ed., rev. aum. e mod. por Eduardo S. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65.



Constituição, como direitos fundamentais, é que sua exigibilidade frente aos poderes públicos começa a ser reconhecida.<sup>212</sup>

Desta forma, compreende-se que ambos os direitos (fundamental e da personalidade) possuem semelhança de conteúdo, resultando em afirmação e proteção da dignidade da pessoa humana. Desta maneira, os direitos fundamentais como gênero têm a particularidade de tutelar o indivíduo de forma geral em face do Estado no polo passivo da contenda. Tutelam as liberdades públicas, já que os direitos da personalidade, como espécie dos direitos fundamentais, teriam como objetivo tutelar o indivíduo no seu âmbito privado, quando houver controvérsia com outro particular, de forma mais específica.

Assevera José Alexandre Guimarães de Sousa Pinheiro que, por meio do direito da personalidade, da proteção da vida privada, do direito à autodeterminação informacional e da proteção de dados pessoais, desenvolveram-se construções jurídicas de que a pessoa é sujeito, é titular de dados pessoais. Assim, a *informational privacy* e a proteção de dados visam a luta contra o conceito de “pessoa objeto” e consequências dessa concepção. Desta maneira, entre o conhecimento total, perfeito e possível de uma máquina e o conhecimento integral de um perfil pessoal, existe grande diferença, pois a máquina não dispõe de personalidade e não lhe são impostos problemas de tutela da dignidade.<sup>213</sup>

Conforme ainda o autor, a jurisprudência dos interesses é utilizada como fator de limitação da área relativamente protegida da personalidade. Deste modo, a ponderação de interesses verifica a justificação da intervenção pública, desde que presentes bens jurídicos de caráter mais elevado. A área máxima de proteção de intromissões públicas está limitada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a partir da qual se delimita uma área cerne pessoal. Esta área aponta um perímetro inviolável à intervenção, que se verifica também como padrão de limitação de outras áreas pessoais. Desta maneira, as intervenções e pesquisas devem comportar-se de acordo com um princípio de maior limitação possível. Assevera o autor que existe uma área intangível da vida individual, livre de intervenções, que se destina a garantir o livre desenvolvimento da personalidade, como manifestação da dignidade da pessoa humana,

---

<sup>212</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Sérgio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996, p. 105-106.

<sup>213</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 1. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p.136.

justificando-se a interferência do poder público na esfera privada, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade.<sup>214</sup>

## 2.4. A Publicização e a constitucionalização do direito privado

O crescimento da importância doutrinária dos direitos da personalidade vem sendo observado no mundo pela constante mutação em seus aspectos históricos, econômicos, jurídicos, filosóficos e sociais.

A *summa divisio* do Direito, criada ainda em Roma e que estabelecia a separação entre o direito público e o direito privado, já não tem guarida na realidade jurídica e social dos dias hodiernos.

As normas de direito público que dizem respeito às relações entre o Estado e seus cidadãos, à organização do Estado e às relações internacionais – para comporem o ordenamento jurídico de uma nação – devem ser adicionadas às normas de direito privado.

Com a Revolução Francesa, arquétipo de mudanças sociais da humanidade, nascia o Estado Liberal burguês, caracterizado pela hegemonia dos interesses individuais sobre o social, abrangendo as codificações legais e as disposições correlatas à propriedade, aos contratos e à família.<sup>215</sup> Assim, o direito privado exercia a hegemonia do ordenamento jurídico, marcando rigidamente a separação entre os dois ramos do direito (público e privado). Com o advento da revolução industrial, a pessoa humana passou a ser reconhecida em toda a sua conjuntura social, questionando-se o individualismo, exsurto daí o fenômeno da repersonalização ou transpersonalização do direito, segundo Ricardo Arone. Para o autor, tal fenômeno consistia no deslocamento dos valores do patrimônio para a pessoa humana, com a axiologização do Direito. Portanto, com a incidência das normas constitucionais nas relações *inter privato*, e a adoção de princípios como os da dignidade, igualdade, boa-fé objetiva, reciprocidade, vulnerabilidade, não-lesividade, o Direito Civil passa a se preocupar mais com

---

<sup>214</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 2. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 552 e 573.

<sup>215</sup> ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares dos direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 37-38.

a pessoa humana, na coletividade, do que no enfoque patrimonialista, individual, reconhecendo-se uma manifesta mudança de paradigma, passando o homem a ser o núcleo de proteção.<sup>216</sup>

Com a concretização do Estado Social, após o advento da Segunda Guerra Mundial, consolidou-se a busca da igualdade entre as pessoas (*welfare state*). Assim, chega-se a uma forçosa confluência entre o direito público e o direito privado, evidenciando-se uma relação mútua, uma vez que o direito público marcha em direção ao direito privado, assim como o direito privado marcha em direção ao direito público. Constata-se uma publicização do direito privado. Esta publicização é melhor compreendida pela presença de direitos difusos e coletivos existentes e por institutos de direito privado, como, por exemplo, a função social do contrato, a função social da empresa, a função social da família, a função social na responsabilidade civil, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos e na obrigação legal de contratar.<sup>217</sup>

Desta maneira, a repersonalização do direito privado é consequência de uma densa revisão de paradigma do Estado Liberal, abandonando-se a orientação individual e patrimonialista por uma perspectiva de indivíduo inserido em uma coletividade e detentor de dignidade. Portanto, em dado momento, a divisão entre direito público e direito privado era manifesta e caracterizada pela supremacia do interesse privado sobre o público, e, posteriormente, constata-se uma aproximação entre os dois ramos do Direito, restando sobrepujado o privado.

O Código de Napoleão, de doutrina individualista e voluntarista, não trazia dispositivos específicos aos direitos da personalidade. Ele foi o paradigma para o Código Civil brasileiro de 1916, cujo escopo maior era garantir o indivíduo como causa e fim do Direito.

A publicização do direito privado começou a ser notada em face da intervenção do Estado na vida dos cidadãos e nas atividades econômicas, passando-se a exercer influência em áreas do direito até então reservadas à vontade das partes. Essa ingerência, notadamente de cunho legislativo, trouxe fundamentos do direito público sobre criação e interpretação do direito privado, advindo a superação do modelo circumspecto ao indivíduo, característica do Estado Liberal, passando-se a notar um proceder do Estado em áreas até então reservadas ao direito privado.

---

<sup>216</sup> ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares dos direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 40-41.

<sup>217</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. **A constitucionalização do direito privado**. Revista do Instituto Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB, vol. 1, 2012, p. 203-204.

A intervenção do Estado na atividade econômica e na vida dos cidadãos influenciou o mundo jurídico como um todo, em face da necessidade do Estado em contemporizar os conflitos sociais emergentes, bem como em razão de várias situações jurídicas advindas da realidade econômica e simplesmente não previstas pelo Código Civil, exsurgindo o fenômeno na publicização do direito privado, consoante refere Gustavo Tepedino. Para o mencionado autor, os novos fatos sociais deram ensejo a soluções objetivistas e não mais subjetivistas. Eles exigiram do legislador, do interprete e da doutrina uma preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito, o que ensejava uma abrangência cada vez menor do Código Civil, contrapondo-se à vocação expansionista da legislação especial. Assim, o Código Civil perdia, definitivamente, o seu papel de destaque do direito privado e os textos constitucionais das grandes Constituições do pós-guerra assumiam papel de relevo por estabelecerem princípios e normas de deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica. Demarcaram, assim, os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle de bens, antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade, como, por exemplo, a função social da propriedade, os limites da atividade econômica e a organização da família.<sup>218</sup>

Desta maneira, operou-se o fenômeno da constitucionalização do direito privado, com a validação do direito positivo privado no contexto constitucional, à medida que a temática civilista foi levada ao texto constitucional.

Com os efeitos constitucionais sobre as normas civilistas e com a migração para o âmbito privado de valores constitucionais, pode-se afirmar ter ocorrido a constitucionalização do direito civil, deslocando-se a pessoa humana para o centro do ordenamento jurídico, com o afastamento da visão patrimonialista.<sup>219</sup> Com isso, adveio o efeito expansivo dos princípios e valores constitucionais brasileiros para todo o sistema jurídico nacional, inclusive no aspecto hermenêutico, com a interpretação conforme da Constituição. Assim, a publicização e posterior constitucionalização do direito privado possibilitou uma mudança de paradigma no Estado brasileiro, posicionando-se a Constituição como centro do ordenamento jurídico e axiológico, irradiando-se os seus efeitos sobre o ordenamento jurídico nacional, passando-se a entender que o direito privado deve ser interpretado de acordo com a Constituição.

---

<sup>218</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 6-7.

<sup>219</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. **A constitucionalização do direito privado**. Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB, vol. 1, 2012, p. 212.

## CAPÍTULO III – O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À INFORMAÇÃO

### 3.1. A liberdade de expressão e o direito à informação como bens jurídicos

O Direito pressupõe liberdades que permitem ao indivíduo desfrutar de determinados privilégios conferidos pelo ordenamento vigente. Em benefício de todos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>220</sup> reconheceu o direito à liberdade de opinião e expressão, proclamando-se a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e sem quaisquer fronteiras, o que foi recepcionado pela Constituição brasileira como direitos fundamentais.

Portanto, a liberdade de expressão é um direito fundamental, facultando-se a qualquer indivíduo a livre manifestação do pensamento, opinião e ideias, por meio de escritos, imagens, palavras ou qualquer outro meio, bem como o direito de informar e de ser informado.<sup>221</sup> Assim, nesta perspectiva de direito fundamental, a liberdade de expressão é direito oponível ao Estado e ao particular, para que não se impeça ou prejudique qualquer acesso à difusão e recebimento de informações.<sup>222</sup>

Conforme a dicção do art. 220 da Constituição brasileira, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão quaisquer restrições. Assim, a sua permissibilidade também lhe garante o *status* de garantia constitucional, como forma de sustentáculo da própria democracia e o afastamento de qualquer espécie de censura prévia no exercício de comunicação escrita, falada, televisada, por qualquer meio ou mídia. É preciso ressaltar que direitos são normas que declaram a

---

<sup>220</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 19 jul. 2015.

<sup>221</sup> DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do novo código civil**. São Paulo: Método, 2002, p. 35.

<sup>222</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. In: Revista de Direito do Consumidor, ano 10, n. 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 61.

existência de interesse, portanto, são normas declaratórias. Garantias são normas que asseguram o exercício do interesse, portanto, são normas assecuratórias.<sup>223</sup>

De extrema importância para a formação de opinião pública, a manifestação do pensamento e a informação propiciam aos cidadãos um modo de inteirar-se dos fatos envolvendo a comunidade, oportunizando-lhes participação social. Os meios de comunicação, por sua vez, se inserem com suas responsabilidades sociais, na premissa de que a livre expressão é imprescindível não apenas como meio para o desenvolvimento individual, mas como instrumento de equilíbrio de desenvolvimento social, solucionando-se eventual colisão de outros direitos fundamentais também protegidos.

A proteção da liberdade de expressão é direito negativo, exigindo meramente que o Estado se abstenha de limitar a expressão, contrariamente à ação direta necessária para os chamados direitos afirmativos. Esta proteção está na essência do regime democrático e decorre diretamente do princípio constitucional da liberdade de expressão e de informação.

Convém destacar que a liberdade de expressão não se confunde com o direito à informação, apesar de se mesclarem intimamente. Na liberdade de expressão do pensamento por qualquer meio, encontram-se as manifestações artísticas ou literárias, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música e até mesmo a opinião pública em jornal ou qualquer outro veículo. O direito à informação abrange apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apuradas.<sup>224</sup> Conforme explica Vladimir Passos de Freitas, o direito à informação revela um indicador significativo em direção a uma democracia participativa. Sendo oponível ao Estado, evidencia a adoção do princípio da publicidade dos atos administrativos e constitui-se em instrumento de controle social e pressuposto de participação popular, na medida em que habilita o cidadão a interferir, efetivamente, nas decisões governamentais. Funciona ainda como instrumento de controle social de poder, caso analisado conjuntamente com a liberdade de imprensa e o banimento da censura.<sup>225</sup>

---

<sup>223</sup> Vê-se ainda garantia constitucional no art. 5º da CRFB/88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se** aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito** à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...”. Ressalte-se que garantias não podem ser confundidas com remédio constitucional, pois esse é instrumento processual que tem por objetivo assegurar o exercício de um direito. Logo, todo remédio constitucional é uma garantia, mas nem toda garantia é um remédio constitucional. Ainda no caput do art. 5º, percebemos que o uso da expressão inicial “Todos” é um símbolo de universalidade, uma das características dos Direitos Fundamentais e os Direitos e Garantias são fundamentais, porque são imprescindíveis a todos.

<sup>224</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

<sup>225</sup> FREITAS, Vladimir Passos de (org.). **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 11-12.

Em todas as áreas, a informação tem-se mostrado essencial e correspondente a uma necessidade universal desde os primórdios das sociedades. Os registros históricos comprovam a existência de canais de comunicação destinados a difundir ideias e acontecimentos entre os seres humanos<sup>226</sup>, constituindo tal ocorrência um direito fundamental da pessoa humana.

Nos dias hodiernos, a informação passou a ser um bem jurídico de grande importância para o conhecimento da realidade igualitária, tomada de decisões pessoais e empresariais, bem como para a formação de consciência geral do meio social.

A liberdade de informação, como direito fundamental previsto na Constituição brasileira, constitui-se direito subjetivo cuja garantia é a proteção constitucional de acesso, bem como do sigilo, voltado às vertentes do direito de informar e de ser informado, conforme aduz José Afonso da Silva.<sup>227</sup>

O desenvolvimento dos meios de comunicação em massa trouxe o fenômeno tecnológico ao mundo, possibilitando a globalização da informação em grande velocidade e por meio de diversas ferramentas, com oportunidades para a disseminação de informações, de conhecimentos, de entretenimentos, de maximização de produtividade laboral, de melhoria do relacionamento social, entre outras.

Dessa maneira, o ser humano foi transformado, em igual momento, em um artífice e um refém da informação.<sup>228</sup>

Os avanços da tecnologia que caracterizam a era digital, rompendo as restrições de tempo e espaço, criando novas formas de circulação da comunicação, ampliam significativamente as possibilidades de acesso à informação. Assim, quanto mais rápida e intensamente divulgados os informes, os dados, maiores são as possibilidades de efetivação global dos direitos fundamentais.

Deste modo, é de se indagar se o excessivo fluxo de informação, advindo do progresso tecnológico, manterá a capacidade de reflexão do homem sobre os dados recebidos a todo instante, ou será esta capacidade diminuída ante as dificuldades de suas análises.<sup>229</sup> É preciso

---

<sup>226</sup> DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 107.

<sup>227</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. Rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 247.

<sup>228</sup> NUNES JÚNIOR, Serrano Vidal. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997, p. 10.

<sup>229</sup> CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 2.

ter em mente que não se podem abandonar os valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana, enquanto valor soberano da sociedade.

De outro norte, conforme refere Maria Lúcia Karam, a era digital também possui sua feição negativa, repercutindo de forma nebulosa sobre a intimidade do indivíduo, pois, ao mesmo tempo em que o maior acesso a todo tipo de informação e a ampliação das possibilidades de comunicação contribuem decisivamente para a conquista de mais liberdade, multiplicam-se novos instrumentos de vigilância e controle que, usados sob o pretexto de fornecer segurança, promovem uma sistemática invasão da privacidade e inibem aquela liberdade conquistada. A ubiquidade do Estado, verificada por meio de suas câmeras, radares, escutas telefônicas, monitoramento eletrônico e outros meios, demonstram o poderio, a gestão, a autoridade geral em face do cidadão, levando este último a se vergar à obediência e submissão à ordem vigente. Segundo a autora, constitui este um dos tantos efeitos sombrios da aceitação da troca da liberdade pela segurança, com as inevitáveis perdas da liberdade e não aquisição da segurança. Assim, no incansável esforço de preservação da democracia, a contensão dessa tendência sombria de agir do Estado é medida de destaque que se impõe na preservação da intimidade e da liberdade.<sup>230</sup>

A liberdade de informação só se justifica desde que seja fornecida em conformidade com a verdade e esteja isenta de vícios que possam comprometer o contato da informação entre as partes. Assim, aquele que disponibiliza a informação tem o dever de provê-la de maneira correta, concisa e imparcial, de maneira a não confundir o indivíduo informado, proporcionando a livre manifestação do pensamento, de expressão e de escolha consciente.

Várias menções aos direitos à informação, como norma de proteção ou não, encontram-se consignados na Constituição da República Portuguesa em diversos artigos: art. 20<sup>a</sup>, 2; art. 37º; art. 38º, 2, b; art. 39º, 1, a; art. 55º, 6; art. 60º, 1; art. 67º, 2, d; art. 155º, 1; art. 197º, 1, i.

Inserido no Capítulo I, do Título II, bem como nos artigos 220 e seguintes da Constituição brasileira, o direito à informação é reconhecido como direito individual e coletivo e, como tal, não é ilimitado, encontrando seus limites no direito à vida, no direito à honra, no direito à intimidade, no direito à vida privada, no direito à imagem, considerados como direitos da personalidade. Importante ressaltar que o abuso da liberdade de informação sempre merecerá guarida do Poder Judiciário, em caso de violação de outros direitos fundamentais, decidindo aquele Poder pela existência ou não de ilícitos penais ou civis, com

---

<sup>230</sup> KARAN, Maria Lúcia. **Escritos sobre a liberdade: liberdade, intimidade, informação e expressão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. IX.



respectivas sanções e indenizações, em caso positivo. Assim, toda a manifestação do pensamento, bem como a criação, a expressão, a informação e a divulgação dos informes devem ser interpretadas conjuntamente com a inviolabilidade à honra e à vida privada (art. 5º, X, da CRFB/88), assim como o dano à imagem (art. 5º, XXVII, a, da CRFB/88), sob pena de responsabilização por danos materiais e morais (art. 5º, V e X, da CRFB/88).

Enquadra-se o direito à informação na quarta geração ou dimensão de direitos fundamentais, em sua evolução histórica <sup>231</sup>, mas também pode ser reconhecido, genericamente entre os direitos fundamentais de primeira geração, juntamente com os direitos de liberdade ou de prestação negativa.

O direito à informação cuida-se de norma que regula a informação pública de fatos, dados ou qualidades referentes à pessoa, sua voz ou sua imagem, à coisa, a serviço ou a produto, para um número determinado e potencialmente grande de pessoas, de modo a poder influir no comportamento humano e a contribuir na sua capacidade de discernimento e de escolha, tanto para assuntos de interesse público, como para assuntos de interesse privado, mas de expressão coletiva.<sup>232</sup> Assim, diante do que é público, o direito à informação versa não somente ao direito de receber a informação, mas também dela se beneficiar.<sup>233</sup>

As previsões constitucionais do direito à informação são contempladas sob três enfoques na Constituição brasileira: o direito de informar, constante do art. 220; o direito de se informar, previsto no art. 5º, inciso XIV; e o direito de ser informado, previsto no art. 5º, inciso XXXIII.

Conforme explicam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito de informar traduz-se na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, bem como na liberdade de as difundir, sem qualquer embaraço, podendo ainda se revestir de uma forma positiva, enquanto direito a meios para informar. Desta maneira, o direito de informar constitui-se como garantia constitucional, com feição de permissão, pois a todos é assegurada a liberdade de informar, desde que possuam os meios para tanto.<sup>234</sup>

Por outro lado, o direito de se informar revela-se na liberdade de captação de informação, de procurar fontes, ou seja, no direito de não ser impedido de se informar,

---

<sup>231</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 571.

<sup>232</sup> CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 61.

<sup>233</sup> DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1980, p. 169.

<sup>234</sup> NUNES JÚNIOR, Serrano Vidal. **A proteção constitucional da informação e do direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997, p. 32.

cuidando-se da versão positiva do direito de se informar, traduzindo-se num direito de ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado.<sup>235</sup>

O direito de se informar, constante do art. 5º, inciso XIV, da Constituição brasileira, garante ao cidadão ampla liberdade de acesso à informação para a coleta de informes, dados, permissão de pesquisa, sem sofrer objeção do Poder Público, ressalvadas as hipóteses de matérias sigilosas, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII. Assim, o indivíduo tem a permissão constitucional de ir em busca da informação, traduzindo igualmente uma limitação estatal diante da esfera individual.<sup>236</sup>

Diferentemente, o direito de ser informado traduz a possibilidade de qualquer indivíduo receber de todo e qualquer órgão público informações de interesse particular, coletivo ou geral, à exceção daquilo cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Nos governos democráticos, a liberdade de imprensa é fundamental à manutenção da própria forma de regime e ao desenvolvimento dos povos.

A posição jurídico-política do indivíduo em relação ao Estado lhe confere a liberdade de escolher este ou aquele comportamento, optando ou não em usufruir os direitos que a Constituição lhe garante. Contudo, essa alternativa de comportamento, manifestada pela sua opção, conforme o seu discernimento e sua consciência, somente se consolidará se ocorrer o pleno acesso à informação, não apenas no direito de obtê-la, mas no sentido do dever de viabilizar o seu alcance, como garantia constitucional da liberdade.

### 3.1.1. O direito ao acesso à informação, e a transparência

A transparência possui inteira consonância com a democracia e, quando se comenta sobre esta, em algum momento, tem-se que discorrer sobre aquela, pois a transparência seria uns dos principais pilares da democracia.

---

<sup>235</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. 1. ed. brasileira. 4. ed. portuguesa rev. Coimbra: Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 573.

<sup>236</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Serrano Vidal. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 145.

Um dos pontos da modernidade democrática é o compromisso da transparência da Administração Pública, verificando-se tendência crescente para que se busque o estabelecimento de leis que garantam ao cidadão o pleno conhecimento das ações do governo, da estrutura, da missão e dos objetivos de seus órgãos.

Esta transparência deve ser o resultado finalístico de uma *accountability* pública. Assim, a transparência confere ao cidadão o acompanhamento de projetos, metas, indicadores de prestação de contas, etc., possibilitando avaliação de eficiência da administração pública, avivando o próprio princípio da publicidade.

Por seu turno, somente por meio da transparência, a cidadania pode ser exercida como meio de compreensão e controle dos atos administrativos estatais, conhecendo-se o destino dos recursos públicos. Ela é um significativo instrumento para o aperfeiçoamento do regime democrático. É essa a concepção que margeia a regulamentação dos art. 5º, XXXIII, e art. 37, §3º, II, da Constituição brasileira. Assim, um dos principais baldrames da transparência dos atos de governo é a garantia de acesso dos cidadãos às informações arrecadadas, produzidas e armazenadas pelas diversas agências estatais. Por garantia, depreende-se não somente o reconhecimento de uma prerrogativa, mas também o provimento de meios e condições para a efetivação desse acesso. Esse reconhecimento de prerrogativa e o provimento de meios para o acesso, na medida em que se concretizam, conformam o chamado direito à informação.

Assim, pelo princípio constitucional da transparência, impõe-se um dever de cristalinidade, clareza, nas relações entre o Estado e a coletividade.

Portanto, as ações e decisões dos governantes devem ser conhecidas pelo “Povo Soberano”, excetuando-se algumas medidas de segurança pública que devem ser conhecidas apenas quando cessar o perigo, conforme explica Norberto Bobbio. Para o autor, o caráter público é a regra, o segredo é exceção, que não deve fazer a regra valer menos, já que o segredo é justificável apenas se limitado no tempo, não diferindo neste aspecto de todas as medidas de exceção. Esse conhecimento pelo povo de todas as ações e decisões sempre foi considerado mola-mestra do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo, permanecendo o caráter público do poder como aberto ao público como um dos critérios fundamentais na distinção do estado constitucional do estado absoluto.<sup>237</sup> Deste modo, o dever de transparência, como instituto maior, encarta o princípio da publicidade.

---

<sup>237</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 86-87.

Nos tempos atuais, pode-se afirmar que o princípio constitucional da transparência pode ser idealizado como um sustentáculo do Estado Democrático de Direito, à medida que se impõe um dever de clareza, transparência, nas relações entre o Estado e a sociedade, como já afirmado.

Existe uma necessidade premente de se consolidar uma cultura da ética pública, desestimulando-se grupos de atentarem contra a boa ordem e o bom gerenciamento da coisa pública. Isto fortalece a premência de que os meios colocados à disposição possam ser percebidos e operados pela sociedade, para exercício de pleno controle dos atos emanados dos órgãos estatais e de seus agentes.

Assim, constitui o princípio da transparência uma particularidade da ética nas relações jurídico-administrativas.<sup>238</sup> A ideia de moralidade administrativa, de probidade, de honestidade, de integridade, de retidão e de ajustamento deve ser arraigada na realidade social, diante do conceito moderno de democracia, que exige maior participação do cidadão, perspectiva garantida pela transparência de dados e de informações públicas.

Para alguns doutrinadores, a transparência estaria formatada a partir de um intercâmbio, uma interação, com o princípio da publicidade (art. 37, *caput*, da CRFB/88), conjugado com o direito à informação (art. 5º, XXXIII) e com o princípio democrático, e serviriam de sustentáculo à probidade administrativa.

Assim, conforme refere Wallace Paiva Martins Júnior, o direito à informação constitui-se em expressiva mostra de direito público subjetivo de acesso no ordenamento jurídico brasileiro, como pedra basilar da transparência administrativa em proveito de seus plurais fins e medida de ampliação da atividade participativa do cidadão na exterioridade do controle popular da Administração Pública.<sup>239</sup>

Assim, entende-se que o princípio da transparência deve servir à eficácia do ato administrativo<sup>240</sup>, bem como ao dever de dar conhecimento sobre ele, permitindo à sociedade a ciência dos serviços prestados pelo Poder Público. Permite ainda a criação de um *locus*

---

<sup>238</sup> DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 227-228.

<sup>239</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120-121.

<sup>240</sup> Em caso de ausência de publicidade o ato administrativo não produzirá efeitos, como em casos de Licitações, podendo advir multas, responsabilidade solidária dos administradores em caso de danos produzidos ao erário, bem como anulação dos certames licitatórios e seus contratos, sem prejuízo do julgamento pela irregularidade das contas (TCU, Acórdão nº 1429/2003, Ata nº 37/2003 Pleno, D.O.U., 3 out. 2003).

democrático, propiciando maior participação do administrado no exercício das funções públicas, além de fomentar um maior controle dos atos administrativos.<sup>241</sup>

O princípio da transparência é direito fundamental e estruturante dessa concepção de Estado, de acentuado valor à mingua de uma positivação jurídico-constitucional. Compreende-se que o aumento do grau de transparência contribui para o aumento da vigilância sobre a atuação dos órgãos públicos e seus agentes, podendo ainda ser considerada tal perspectiva como garantia da informação, nos termos do art. 5º, XXXIII, CRFB/88, pois:

Todos têm o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Assim, essa garantia confere ao cidadão o direito de receber três categorias de informações. A primeira, de interesse particular, possui correlação à condição individualista do cidadão, em sua acepção singular, ou seja, do seu próprio interesse. A mera curiosidade sobre situação de terceiro afastaria a presença do interesse que justifique a utilidade da informação em banco de dados estatais.<sup>242</sup> Entende-se que as informações devem se referir ao interessado, como corolário intrínseco à proteção do direito à personalidade, como, por exemplo, informações junto ao órgão de trânsito sobre eventual não-renovação de permissão para dirigir veículos. A segunda, de interesse geral, apesar de sua polissemia, está ligada ao tratamento do interessado como membro de sua comunidade, classe ou grupo social e não sua situação individual, pois o interessado é tratado de maneira igual junto a seus pares e frente à norma que o abrange. Cuidam-se, assim, de interesses pertencentes a interessados determinados, que estão ligados a comunidade maior e não a si próprios, individualmente, como, por exemplo, informações sobre recuperação de área de preservação ambiental degradada.<sup>243</sup> A terceira, de interesse coletivo, encontra-se associada aos direitos de terceira geração ou dimensão, ou transindividuais e que se encontram coligados a um grupo de indivíduos com uma relação jurídica própria, como, por exemplo, informações sobre greve de determinada categoria ou coletividade de trabalhadores da construção civil em oposição à coletividade de patrões do mesmo ramo. A informação por um interessado acaba solidificada

---

<sup>241</sup> Os controles administrativos da legalidade, mérito e contábil-financeiro estão presentes na perspectiva interna e externa. Em tal sentido: TÁCITO, Caio. **Os novos instrumentos de controle jurisprudenciais da administração**. In: Temas de direito público: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. V.1, p. 973.

<sup>242</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 135.

<sup>243</sup> CORSO, Guido. **Manuale di diritto amministrativo**. Torino: G. Giappichilli Editore, 2010, p. 172.

pelo maior número de interessados, beneficiando a todos individualmente ainda que de forma indireta.

Como acima verificado, o interesse tutelado está a mediar o direito de obter informações dos órgãos públicos. Não pode, portanto, ser dada guarida à pretensão de terceiro no pleito de acesso a informações pessoais que pertençam, com exclusividade, a um indivíduo ou grupo ou comunidade, por lhe faltar legitimidade e interesse, encontrando barreiras tal pretensão na vedação do art. 31, da Lei nº 12.527/11.

Outrossim, para a efetivação desse direito fundamental de obter informações, o cidadão tem a seu dispor instrumentos próprios, podendo se valer do *direito de petição* (art. 5º, LXXII, “a”, da CRFB/88), da ação constitucional do *habeas data*<sup>244</sup> (art. 5º, LXXII, da CRFB/88), do *direito de obter certidões*<sup>245</sup> (art. 5º, XXXIV, “b”, da CRFB/88), bem como da ação constitucional do *mandado de segurança* para tais fins (art.5º, LXIX, da CRFB/88), em caso do não cabimento do *habeas data*.

Assim sendo, conclui-se que a transparência pode ser melhor consolidada de vários modos, entre eles a necessidade de motivação do ato administrativo, a publicidade destes atos, audiências e consultas públicas, participação popular nos processos administrativos, integração dos administrados em órgãos deliberativos e o direito de petição. Impõe-se, assim, que o exercício do poder seja sempre visível aos administrados, pois, em última análise, o Povo Soberano é o mandante e o Governo é o mandatário que representa a sua vontade. O povo possui pleno direito de saber o que se faz em seu nome.

Com as leis de reforma do Estado e Emendas Constitucionais 19 e 20, de 1998, a administração pública brasileira começou a sentir os efeitos de uma nova fase voltada para a busca de resultados, experimentando um progresso a partir da década de 1990, com a sua transformação em administração pública de resultados, buscando o atingimento de metas e de eficiência<sup>246</sup>.

Na busca de resultados e eficiência, o Estado começou a se valer do contrato de gestão, que é um modelo de administração pública em que o ajuste é celebrado pelo poder público

---

<sup>244</sup> CRFB/88, art. 5º, LXXII – “Conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

<sup>245</sup> CRFB/88, art. 5º, XXXIV: “São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: [...] b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”.

<sup>246</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43-46.

com órgãos e entidades da administração direta, indireta e entidades privadas qualificadas como organizações sociais, para lhes ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira ou para lhes prestar variados auxílios e lhes fixar metas de desempenho na consecução de seus objetivos. O contrato tem como objetivo estabelecer atribuições, responsabilidades e obrigações do poder público e da organização social, especialmente as metas de desempenho e o montante de recursos a título de fomento. O contrato é firmado com a organização social e o órgão ou entidade da área de atuação em que esteja inserido o objeto social da entidade. Ele é supervisionado pelo órgão ou entidade ao qual a organização social deve prestar contas.

Assim, o contrato de gestão amplia a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos entes administrativos, a saber, autarquias e fundações públicas, visando melhores resultados da administração pública. O contrato de gestão traduz-se em um instrumento moderno de administração por objetivos, consistente em estabelecer compromissos periódicos com objetivos e metas de cada uma das empresas estatais com o Estado. Almeja-se, com isso, deslocar o enfoque da atividade estatal dos métodos (meios) para os resultados (fins).

Este contrato de gestão encontra previsão legal no art. 37, §8º, da Constituição brasileira, incluído pela Emenda Constitucional 19/1998. Em época anterior à emenda constitucional, eram previstos apenas decretos. Portanto, os poucos contratos de gestão celebrados acabavam sendo impugnados pelo Tribunal de Contas, já que o controle só pode decorrer da Constituição ou de leis infraconstitucional e não de decretos.<sup>247</sup>

Assim, ao lado da transparência, a eficiência administrativa significa o dever da boa administração, parte da própria noção de interesse público e de Estado, sendo trazida como uma novidade ao regime jurídico de direito administrativo, pois não basta ao poder público agir conforme a lei; sua atuação tem que produzir efeitos, ter bons resultados, isto é, tem de ter eficácia. Assim, a eficiência da administração significa o dever de prestabilidade, de utilidade ao cidadão, a celeridade e o ótimo aproveitamento de recursos do erário público. Deve haver o planejamento de políticas públicas, bem como controles interno e externo de suas ações, com o melhor serviço público prestado ao cidadão.

---

<sup>247</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 384.

### 3.1.2. O direito ao acesso à informação, e a publicidade

A doutrina nacional tem destacado que o princípio da publicidade tem sua natural área de aplicação no Direito Administrativo. Entretanto, os constitucionalistas, quando a ele se referem, o fazem a partir de uma matriz constitucional, sempre se reportando ao art. 37, da CRFB/88.

Reinaldo Moreira Bruno ressalta que o princípio da publicidade se preocupa com a “divulgação oficial de ato praticado pelo agente público, no exercício efetivo de suas atribuições, para que chegue ao conhecimento da sociedade e ocorra o início de seus efeitos externos”.<sup>248</sup>

Uadi Lammêgo Bulos observa que a atenção ao princípio da publicidade tem como objetivo “manter a total transparência na prática dos atos da Administração Pública, associando-o, assim, à garantia de acesso do cidadão aos registros públicos”.<sup>249</sup>

Maria Sylvia Zanella di Pietro observa a importância do asseguramento, pelo dispositivo constitucional, do direito de informação do cidadão, não apenas em razão de interesses particulares, mas igualmente em razão dos interesses coletivos ou gerais, com base no art. 5º, incisos XIV e XXXIII, da CRFB/88, de modo a operar uma forma mais eficiente de controle popular da Administração Pública.<sup>250</sup>

Ao mesmo tempo em que é considerada por alguns como elemento do ato administrativo, a publicidade é compreendida como eficaz ferramenta no apoio à eficiência, ao controle e à transparência pública. Assim, a partir do texto constitucional, a referência feita à publicidade não pode ser entendida apenas como simples tarefa de divulgação de atos administrativos, mas sim de um dever de trazer à ciência da sociedade um Poder Público límpido, pois, juntamente com a transparência, servem ambas de base à probidade administrativa.

Veja-se, assim, que a publicidade é menos abrangente que a transparência, pois a publicidade permite que se mostre algo. A transparência reclama mais do que um simples

---

<sup>248</sup> BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 66.

<sup>249</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 563.

<sup>250</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107.



mostrar, implicando em se deixar ver como um cristal.<sup>251</sup> Compreende-se, dessa maneira, a publicidade como um dos meios pelos quais se alcança a transparência.

No caso brasileiro, importante antecedente jurídico ao princípio da publicidade é reconhecido em face do Decreto nº 572, de 18 de julho de 1890, diretriz renovada pelo Decreto nº 84.555, de 12 de março de 1980, quando ainda havia preocupações com a publicação dos atos administrativos e não propriamente com as suas publicidades. Em tais normas sempre se fez observar a necessidade de publicação de atos administrativos em órgãos oficiais, como, por exemplo, a Imprensa Nacional (Diário Oficial da União - D.O.U.), e Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais (Minas Gerais).<sup>252</sup> Certo é que tais legislações se aplicavam apenas no âmbito federal, ficando a cargo dos estados membros a disciplina concernente à publicação dos seus atos.

Salienta-se que a publicidade administrativa é *conditio sine qua non*, ou seja, pressuposto inerente ao plano da eficácia do ato administrativo, condicionando a produção de efeitos dos atos administrativos. Ela consegue originar tanto a invalidade do ato administrativo ou, mesmo sua ineficácia, alternativamente.

O Supremo Tribunal Federal considera que a publicação pela via inadequada, ou feita de maneira insuficiente, pode acarretar a nulidade do processo administrativo, quando a providência for considerada essencial ao exercício do direito de defesa ou contraditório.<sup>253</sup>

A publicação pela via adequada oportuniza ainda a terceiros se contraporem ao ato administrativo, atingindo a publicidade toda a ação administrativa do Estado e não somente a divulgação dos seus atos.

Dentro de um conceito de espaço público sugerido por Habermas, a transparência e o controle social do Estado pela sociedade civil somente podem ser assegurados por meio da associação das atuais instituições com outros mecanismos que propiciem maior participação popular direta, tais como referendos, consultas públicas e plebiscitos.<sup>254</sup>

---

<sup>251</sup> DELPIAZZO, Carlos E. **Triple dimensión del principio de transparencia em la contratación administrativa**. Revista Trimestral de Direito Público. – RTDP, São Paulo, n. 46, p. 5-14, 2004.

<sup>252</sup> A jurisprudência entende que é válida a publicidade de atos normativos de entes que não possuem imprensa oficial simplesmente afixando-se cópia dos documentos no átrio da repartição, desde que em local de livre acesso ao público (STJ, RMS nº 5.164/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma, j. 15.08.99).

<sup>253</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.164/SP**, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 30.10.95.

<sup>254</sup> HABERMAS, Jürgen. **O conceito de poder de Hannah Arendt**. In: Habermas: Sociologia. São Paulo: Ática, 2001, p. 100-118.

Assim, a publicidade deve alcançar os atos perfeitos e acabados, os atos em formação, os procedimentos e processos em andamentos, os pareceres dos órgãos técnicos/jurídicos, as atas de julgamento de licitações, os despachos intermediários e finais, os contratos e os distratos, as prestações de contas e seus comprovantes respectivos de despesas, de quaisquer interessados que, ainda poderão examiná-los, desde que os atos não estejam amparados por ocorrência legal do sigilo.

No tocante à sua natureza e finalidade, tem-se entendido que a publicidade do ato administrativo não constitui elemento formativo, propriamente dito, mas, sim, um requisito de eficácia e/ou validade, que se aperfeiçoa quando da emissão, constituindo-se numa condição para sua eficácia, que pode ocorrer, inclusive, tempos depois daquela edição.<sup>255</sup> Assim, a perfeição do ato administrativo não se exaure com a publicidade e ele não necessariamente produz efeitos, em vista da possibilidade de ainda faltarem atos administrativos pendentes, sendo, por isso, ainda ineficaz.

Duas formas básicas de publicidade são distinguidas na atualidade. A primeira cuida-se de uma forma geral denominada ‘publicação’, em que se verifica uma forma de publicidade impessoal, expedindo-se um informe para ciência geral.

A publicação é a divulgação, pela forma escrita e nos meios oficialmente determinados, de um ato de Estado. É condição de validade ou eficácia do ato.<sup>256</sup> Em suas generalidades, as mais comuns são aquelas constantes em boletins ou diários oficiais da imprensa nacional, estadual ou local, ou mesmo informes em local de acesso público, como o átrio de uma repartição pública.

A segunda, chamada de ‘notificação’, ou ‘comunicação’, cuida-se de uma forma de publicidade pessoal, aplicável aos atos administrativos individuais, materializando-se pelo envio de correspondência ao destinatário, acompanhada de um aviso de recebimento, ou por meio de um telegrama, ou quando se toma por termo nos autos a ciência do ato pelo interessado. Conforme refere Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, a notificação cuida-se de ato que informa um prazo em processo administrativo.<sup>257</sup> A doutrina ainda faz diferenciações entre intimação e notificação, mas sempre ressaltando que ambas têm sua base no devido processo legal, destinando-se ao conhecimento de dada imposição de obrigação ou de

---

<sup>255</sup> GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais do direito público**. t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. X-35 *et seq.*

<sup>256</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 246.

<sup>257</sup> BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. **Princípios gerais do direito administrativo**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 594.

determinada decisão administrativa, com a finalidade de propiciar o contraditório e a ampla defesa. Conforme explica Cármen Lúcia Antunes Rocha, para muitos a notificação se presta a dar ciência de atos ou acontecimentos futuros, enquanto a intimação tem a finalidade de cientificar atos ou fatos já passados. Afirmar ainda a autora que outros entendem que a notificação se presta à transmissão do conhecimento de decisões ou de atos praticados, enquanto a intimação dá ciência de que o interessado deve praticar certa conduta.<sup>258</sup>

Muito embora a legislação possa fixar uma forma específica ou determinado grau de publicidade, contenta-se o direito administrativo, em linhas gerais, com a ausência de formalismo exagerado, sendo suficiente que o interessado tenha ciência do conteúdo do ato administrativo. Mas há casos em que, se não respeitada a forma prescrita e o número de repetições previstos, em dias alternados ou consecutivos, não estará atendida a condição.

Ainda há previsão para que o conteúdo do ato administrativo seja presumido, sendo bastante a sua publicação, na hipótese em que a legislação determine que o ato administrativo somente tenha eficácia a partir do conhecimento real do seu conteúdo.<sup>259</sup>

Ressalte-se, por oportuno, que a rede mundial de computadores criou nova postura de seus usuários no compartilhamento mundial das informações, oportunidade em que se deve refletir sobre a forma com que os atos administrativos são atualmente dispostos, pois inúmeras possibilidades estão sendo abertas para inserção da disseminação de informações do Poder Público.<sup>260</sup>

Os portais de transparência e as redes sociais possibilitaram novas formas de comunicação dos atos administrativos, expondo, por exemplo, o planejamento estratégico do órgão, metas, orçamento, produtividades, e são o exemplo vivo de uma mudança de postura, com inserções de informações sobre a dinâmica do Poder estatal, proporcionando ainda uma nova abordagem da relação Poder Público *versus* administrado, com potencialização de maior controle social dos gastos públicos.

Em 2004 foi lançado pelo Governo federal o portal da transparência (<http://www.portaltransparencia.gov.br>). Este informa a seus visitantes:

---

<sup>258</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 248.

<sup>259</sup> BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. **Princípios gerais do direito administrativo**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 593.

<sup>260</sup> HEINEN, Juliano. **Comentário à lei de acesso à informação: lei nº 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 39-41.

O Portal da Transparência do Governo Federal é uma iniciativa da Controladoria-Geral da União (CGU), lançada em novembro de 2004, para assegurar a boa e correta aplicação dos recursos públicos. O objetivo é aumentar a transparência da gestão pública, permitindo que o cidadão acompanhe como o dinheiro público está sendo utilizado e ajude a fiscalizar. O Governo brasileiro acredita que a transparência é o melhor antídoto contra corrupção, dado que ela é mais um mecanismo indutor de que os gestores públicos ajam com responsabilidade e permite que a sociedade, com informações colabore com o controle das ações de seus governantes, no intuito de checar se os recursos públicos estão sendo usados como deveriam.<sup>261</sup>

Este portal representa significativo avanço e abertura da administração pública às variadas formas de publicidade. É o novo desafio do Direito para conferir validade jurídica aos atos estatais, escopo maior do Princípio da Transparência que está a reclamar sua inserção no limiar da atuação administrativa.

### **3.2. O acesso à informação administrativa no Brasil**

#### **3.2.1. Antecedentes jurídicos**

A Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação – LAI, insere-se em um novo contorno do acesso à informação, que é o resultado de uma forma republicana e democrática de gerenciamento estatal, reforçando a ideia de que os direitos subjetivos dos administrados não podem ser entendidos em face de atos estatais sigilosos. A transparência, *in casu*, reforça a ideia de que o sigilo é a exceção e a atuação administrativa deve colmatar um modelo prestacional efetivo na satisfação das necessidades coletivas, porque lhe é acessível a coleta de subsídios para destacar aquilo que a população espera de seus governantes.<sup>262</sup>

---

<sup>261</sup> BRASIL. Portal da transparência do Governo Federal. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

<sup>262</sup> HEINEN, Juliano. **Comentário à lei de acesso à informação: lei nº 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 14.

Todos os antecedentes normativos constitucionais e legais adiante informados alocam o Brasil em um estágio de país comprometido com os direitos humanos, notadamente no que se refere a transparência de dados e informações dos órgãos públicos estatais.

Como antecedente normativo constitucional, o STF já decidiu, mesmo antes da vigência da Lei nº 12.527/11, que a democracia brasileira deve coexistir com o direito à informação em alto grau no que se refere ao âmbito de proteção<sup>263</sup> e a indispensável transparência, tudo isso aliado a uma interpretação dos dispositivos constitucionais de que o sigilo deve ser tratado como exceção.<sup>264</sup> Assim, a Democracia se apoia em dois princípios de maior densidade sistêmica, sendo eles a *informação*, em sua plenitude e de máxima qualidade, e a *transparência* ou *visibilidade* do Poder, conflitando o sigilo com a natureza pública ou ostensiva do exercício do Poder. Assim, desde os idos de 1988, o acesso à informação era regra e o sigilo exceção, reafirmando a LAI um parâmetro de valor de forma detalhada, já que a Constituição brasileira de 1988 superou período de ditadura anterior, marcada por abusos, desvios e ausência de informações.

Como outro exemplo de antecedente constitucional e a presença da transparência, o art. 31, § 3º, da CRFB/88, já previa a possibilidade de o exame das contas públicas por parte de qualquer contribuinte, que as terá à disposição para quaisquer questionamentos, durante o prazo de sessenta dias, anualmente, apesar de dificuldades em suas análises por parte de leigos. A publicidade, nos dias atuais constitucionalizada em quase todas as nações democráticas, torna possível a ação do povo na direção de alterar o rumo de decisões políticas importantes, na tentativa concreta de disseminar a desconfiança no segredo e no poder que esconde.

No mesmo diapasão, o art. 37, §1º, da CRFB/88<sup>265</sup>, inaugura hipótese de maior impessoalidade no acesso às informações, prevendo a função social da publicidade dos atos administrativos. A norma é inédita, não encontrando precedente em constituições anteriores, não se podendo negar, outrossim, que seu conteúdo poderia até ser extraído do sistema constitucional. Acrescente-se que a Constituição brasileira e a Lei nº 4.429/1992, além de

---

<sup>263</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF** – MC, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, j. 27.02.2008.

<sup>264</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Data nº 22**, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 19.9.91.

<sup>265</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 37, §1º: “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos imagens que caracterizam promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos”.

estabelecerem os limites objetivos dos atos de seus gestores públicos, prescrevem também sanções pelo abuso cometido em razão da função, sendo relevante a avaliação dos limites da divulgação dos objetivos traçados, desenvolvidos e os seus resultados. Assim, é necessário aferir até que ponto é permitido ao administrador público se valer dos mecanismos de informação impresso, visual ou virtual para noticiar ao povo a prestação de contas e os resultados alcançados. Assim, a Constituição expressamente autoriza a difusão de informações com conteúdo informativo, educativo ou de orientação social, sem, contudo, haver promoção pessoal e lesão ao erário. Proíbe-se a vinculação da imagem do agente por meio da inclusão de nome, símbolos ou imagens que promovam o enaltecimento pessoal de sua autoridade e até de servidores públicos. Desta maneira, resta vedada toda publicação, por qualquer mídia, de matéria que possa constituir propaganda direta ou enaltecer atividades ou propósito de governo, capaz de gerar perplexidade na sua aplicação prática. Mas é preciso deixar claro que a caracterização do enaltecimento pessoal capaz de violar os princípios relativos à Administração Pública somente infringe as disposições constitucionais e infraconstitucionais caso haja nítida má-fé na conduta praticada. Assim, o mero ato de divulgar o desenvolvimento e conclusão de obras não induz autopromoção, em decorrência de o agente político estar obrigado, pelo princípio da publicidade e pelas imposições da lei de responsabilidade fiscal, a prestar contas de seus atos durante o mandato para o qual foi eleito. Assim, a aplicação de sanção depende de análise metódica de cada caso concreto para se apurar a real intenção do administrador público em criar condições favoráveis a si mesmo ou a outrem.

Salienta-se que a LAI possui alicerce constitucional no art. 37, § 3º, inciso II e no art. 216, §2º, ambos da CRFB/88, complementados ainda pelo art. 5º, inciso LX, que trata da publicidade dos atos processuais e o art. 93, inciso IX, ambos da CRFB/88, que disciplina a publicidade, em regra, dos julgamentos do Poder Judiciário.

A inserção do art. 37, §3º, no Capítulo VII da CRFB/88, deu-se em função do segmento que trata da Administração Pública e, portanto, da pessoa jurídica de direito público titularizada originariamente da prestação dos serviços públicos. Assim, o princípio fundamental do controle social (da participação ou democracia direta) deve ser lido também

na amplitude do exercício da função administrativa perante os usuários dos serviços públicos, merecendo disciplina legal, segmentada de acordo com o setor de serviço a que se refere.<sup>266</sup>

Além disso, como importante antecedente da LAI, os vencimentos e subsídios dos servidores públicos devem ser publicizados, anualmente, conforme disposição do art. 39, §6º, da CRFB/88, o que ainda levanta certa polêmica na regulamentação do dispositivo constitucional, diante de possibilidade de divulgação ou não dos vencimentos em lista nominal.

Do mesmo modo, a imposição do art. 165, §3º da CRFB/88, determina que o Poder Executivo publique, após o encerramento de cada bimestre, relatório circunstanciado da execução orçamentária, com o acompanhamento de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia, cuja previsão é encontrada no §6º, do mesmo artigo, o que de fato vem permitir a exequibilidade do princípio da transparência sobre as contas públicas e, por seu turno, o controle social e externo sobre elas.

Quanto aos antecedentes normativos legais, a Lei nº 8.112/1990, em seu art. 13, § 5º, previu a obrigatoriedade de o funcionário público, quando de seu ingresso e periodicamente, apresentar declaração sobre lista de seus bens e valores de suas propriedades, como forma de transparência da vida patrimonial de servidores do Estado. Igual disposição foi observada na Lei nº 8.429/1992, em seu art. 13. Previu-se, inclusive, que certas autoridades estariam obrigadas a remeter ao Tribunal de Contas estas informações (Lei nº 8.730/1993, Art. 1º, §1º), como obrigação antes de assunção de cargo, emprego ou função nos três poderes do Estado visando a transparência e moralidade administrativas.

A Lei nº 8.159/1990<sup>267</sup>, regulamentada pelo Decreto nº 2.134/1997, disciplinou o tratamento de dados de arquivos públicos, indicando ferramentas de acesso à informação, regulando acessos e impedimentos quanto à divulgação de determinados dados envolvendo sigilos, criando, dessa forma, exemplo de relativização da publicidade dos atos públicos. Registre-se que o art. 46, inciso II, da LAI, revogou os artigos 22 a 24 da Lei nº 8.159/90, que versava sobre dados considerados inacessíveis ao público.

---

<sup>266</sup> RUARO, Regina Linden; CURVELO, Alexandre Schubert. Comentário ao artigo 37, §3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 890-891.

<sup>267</sup> Conferir art. 4º e art. 23, caput e parágrafos, da Lei nº 8.159/1990.

No mesmo diapasão, pela maior possibilidade de acesso às informações, a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 4º<sup>268</sup>, concede a qualquer cidadão o direito de presenciar os atos públicos e a eles ter acesso, em se tratando de procedimento licitatório, consistindo este um direito subjetivo público de qualquer cidadão.

O Decreto nº 1.171/1994, conhecido como Código de Ética Profissional do Servidor Público do Poder Executivo Federal, revela a transparência como princípio norteador da Administração Pública, considerando como um dever do servidor público, reputando como ato de improbidade administrativa a ausência de publicidade de atos estatais, conforme previsto no art. 11, IV, da Lei nº 8.429/1992.

Neste mesmo contexto de antecedentes legais, a Lei nº 9.051/1995, dispõe sobre expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, e se relaciona a informações constantes em arquivo público, a ser efetivada tal providência no prazo de quinze dias, a contar do registro do pedido, com motivação e finalidade declaradas, o que de certa forma não deixa de se caracterizar como restrição.

Um marco importante na normalização do art. 5º, inciso XXXIII, foi a Lei nº 9.507/1997, que regulamentou o remédio constitucional do *habeas data*, outorgando o caráter público a todo registro ou banco de dados que contenha informações que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária destas informações. Cuida-se de ação constitucional que tem por objeto a proteção do direito líquido e certo do impetrante em conhecer todas as informações e registros relativos à sua pessoa e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para eventual retificação de seus dados pessoais. O remédio constitucional teve sua origem na legislação americana, por meio da *Freedom of Information Act* de 1974, alterado pelo *Freedom of Information Reform Act* de 1978, objetivando possibilitar o acesso do cidadão às informações constantes de registros públicos ou particulares permitidos ao público. Ressalte-se que o *habeas data* é remédio personalíssimo do titular dos dados, interessado nos registros dos dados. Entretanto, uma decisão do antigo Tribunal Federal de Recursos, hoje STJ, admitiu que os herdeiros legítimos do morto ou seu cônjuge poderiam pleitear este direito.<sup>269</sup>

---

<sup>268</sup> Lei nº 8.666/93, art. 4º: “Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º tem direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”.

<sup>269</sup> BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. **Habeas Data n. 001-DF**, DJU, 2.5.89, Seção I, p. 6.774.



Outro marco legal precedente da LAI foi a Lei nº 9.784/1999, em seu art. 2º, § único, inciso V, pois ela faz uma síntese do bom emprego do princípio da publicidade no Brasil, ao estipular que nos processos administrativos deverão ser observados, entre outros, os critérios de divulgação dos atos administrativos. Destarte, o próprio cidadão poderá ter seu acesso aos atos administrativos que integram o procedimento que é promovido no âmbito do poder público. A mencionada Lei nº 9.784/1999, também conhecida como Lei do Processo Administrativo Federal, determina, em seu art. 14, a publicação em meio oficial, quando for efetuada a delegação de competência, dispondo sobre a publicidade como condição de eficácia do ato administrativo, cuidando-se, assim, de matéria correlata ao acesso à informação. Por meio desta mesma legislação se concretiza a publicidade dos atos administrativos pelas intimações em processos administrativos<sup>270</sup>, cuidando-se de ato processual que visa a cientificar o administrado de uma decisão ou notificá-lo para a prática de determinada conduta. Assim, a divulgação de atos de processo administrativo por meio das intimações deve ser feita em sua plenitude<sup>271</sup>, sob pena de inobservância do devido processo legal, violação de direito fundamental e nulidade, pois o art. 46 garante o direito de vista ao processo e a obtenção de certidões.

Ainda na concretização do princípio de transparência, o art. 9º, da Lei nº 9.784/99, possibilita acessibilidade ao processo daqueles possuidores de direitos difusos e coletivos, autorizando-se ainda a convocação de audiências públicas ou consulta populares por meio dos artigos 31 e 32, para um melhor embasamento de decisão administrativa, como forma motivacional do ato administrativo.<sup>272</sup> Dessa forma o dever de motivação do ato administrativo se estende aos atos da Administração Pública como condição *sine qua non* de sua existência, fornecendo-lhe ainda transparência e possibilitando o exercício de seu controle, com o aumento de sua legitimidade. Da mesma forma, a Lei nº 9.784/99, em seu art. 37, prevê o dever de cooperação da própria administração em trazer para os autos documentos e dados existentes na própria administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, quando o interessado assim o declarar. Neste caso, a administração age de ofício, visando a instrução do feito com ofícios, documentos ou respectivas cópias, etc... Tal medida produz efeito prático na uniformização de dados e informes entre as entidades públicas.

---

<sup>270</sup> Conferir art. 26 da Lei 9.784/1999.

<sup>271</sup> Conferir art. 2º, parágrafo único, inciso V, da Lei nº 9.784/1999.

<sup>272</sup> Conferir art. 50 da Lei nº 9.784/99.

Outro marco positivo pelo pioneirismo em prol da transparência se constata pela edição da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal-LRF), que estipula que relatórios contábeis de contas públicas sejam publicados, para acesso do cidadão, o que representou grande avanço à época, à míngua de ausência de preparo do cidadão comum para o exame de contas públicas. A Lei Complementar nº 131/2009, em seu art. 48 e 48-a, além de alterar a LRF, determinando a disponibilização, em tempo real, de informações detalhadas sobre execução financeira e orçamentária, estabeleceu ferramentas para que os cidadãos possam ter um acesso facilitado aos gastos públicos.

A Lei 10.180/2001, em seu art. 24, incisos V e XI, também como importante vetor publicístico, determinou incentivo ao controle social dos programas contemplados com verbas da União, determinando o seu art. 27 o estabelecimento de mecanismos para o implemento do controle social sobre as contas públicas.

A Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), no aprimoramento de suas metas de gestão democrática das cidades, previu ferramentas de acesso ao cidadão, ficando os documentos referentes a Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) à disposição para consulta do cidadão, da mesma forma que os documentos que acompanham o procedimento de formulação do *plano diretor*.

A Lei nº 10.520/2002, em seu art. 61<sup>273</sup>, possibilita maior transparência em uma das modalidades licitatórias, conhecida como “Lei do Pregão”, restando instituída sua forma máxima de transparência como condição de eficácia, muito embora a Lei Geral de Licitações, Lei nº 8.666/93, já prever o dever da transparência em seus artigos.

Por outro lado, na previsibilidade de serem feitas consultas populares, a Lei nº 11.079/2004, em seu art. 10, inciso VI, nominada como “Lei das Parcerias Público Privadas” - (PPPs), prevê possibilidade de exames de edital, minuta de contrato, atribuindo alto grau de transparência e de participação no procedimento administrativo, transcendendo os limites das partes interessadas.

Nos idos de 2004 a 2006, surgiram os portais de transparência, majorando maior publicidade, controle e acesso do cidadão a dados e informações públicas, inaugurando era

---

<sup>273</sup> Lei nº 8.666/1993, art. 61: “Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ao que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais. Parágrafo único: A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos da imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei”.

pós-moderna da administração pública, franqueando-se efetiva participação do administrado diante de interesse público correlato.

A precursora Lei nº 11.111/2005, revogada pela Lei nº 12.527/2011 - LAI, criou o procedimento e a estrutura do acesso à informação como um antecedente palpável no desenvolvimento e maturação do direito fundamental de acesso à informação, desenvolvendo a ideia de que os dados seriam considerados sigilosos, em caso de prejuízo à segurança da sociedade e do Estado, bem como permitia o amplo acesso dos cidadãos aos documentos não declarados sigilosos. Assim, ela delineou uma estrutura básica de transparência, que possibilitou a construção de norma dirigida à efetivação do denominado “direito à verdade”, com os olhos voltados para o futuro, sem o esquecimento do passado remoto ditatorial.

Aliás, este amplo acesso passa pelo exercício da plena cidadania, e os órgãos estatais têm o dever de contribuir para este exercício do direito subjetivo, incrementando-se o direito de acesso a informação e dados estatais, como assim reconhece o Decreto nº 7.037/2009, no Eixo VI, Diretriz 22, que institui o Programa Nacional de Direitos Humanos. Tal disposição trata com exclusividade do direito à memória e à verdade.

Ainda como antecedente legal, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, instituído pela Lei nº 12.462/2011, possibilitou a ampliação da publicidade e transparência, uma vez que determinou que os editais referentes a licitações e contratações públicas devem ser publicados no Diário Oficial e em *site oficial*, o que amplia, consideravelmente, o acesso aos dados e informações públicas.

Além disso, como questão relevante de transparência, a Lei nº 12.528/2011 instituiu a Comissão da Verdade, regulamentando o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), da CRFB/88. A Comissão Nacional da Verdade teve por finalidade apurar graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988. Trata-se de importante mecanismo institucional para que a história brasileira recente fosse esclarecida, principalmente no que se refere às sistemáticas violações de direitos humanos e práticas reiteradas de crimes contra a humanidade praticados durante os períodos autoritários da histórica brasileira, períodos de repressão política e supressão das liberdades públicas, políticas e individuais. O direito coletivo à memória e à verdade deve ser devidamente satisfeito, e a Comissão Nacional da Verdade se tornou importantíssimo instrumento dessa efetivação. Contribuiu tal legislação de sobremaneira para a transparência dos dados e informes do Estado, cumprindo com agenda internacional assumida, estando em sintonia com tratados e convenções internacionais.

A Lei nº 12.813/2013 constitui marco admirável nesta questão em específico, pois dispôs sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores. Muito embora ter entrado em vigor após a edição da LAI, trouxe importante disposição, pois passou a proibir a revelação de informações privilegiadas, aferindo um tratamento diferenciado a esses dados. Assim, no trato de assuntos sigilosos ou relevantes ao procedimento de decisões no âmbito do Poder Executivo federal que contenham influência econômica ou financeira e que não sejam de largo conhecimento público, a sua divulgação configura conflito de interesses<sup>274</sup>, estendendo-se a proibição mesmo àqueles servidores que já teriam deixado as funções públicas.

Na esteira da busca pela transparência, a Controladoria-Geral da União criou o Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP. O Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) cuida-se de um banco de informações que tem por objetivo consolidar a relação de empresas e pessoas físicas que sofreram sanções das quais decorra como efeito restrição ao direito de participar de licitações ou celebrar contratos com a Administração Pública. Já o CNEP busca consolidar a relação de penalidades aplicadas pela Administração Pública a pessoas jurídicas. O Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP foi desenvolvido para publicar no Portal da Transparência os dados correlatos, atendendo-se, assim, às determinações contidas na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). O acesso aos dados cadastrais é realizado de forma restrita pelos entes públicos para que seja preservada a autenticidade e credibilidade daqueles dados.

### 3.2.2. O direito fundamental ao acesso à informação no Brasil

Em face das proposições de prestações programáticas sociais instituídas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, exige-se uma interdependência ainda maior entre os ramos do direito administrativo e os ramos do direito constitucional, que venham a fortalecer estas proposições, havendo uma revolução social silenciosa e ainda inquieta em prol destas prestações.

---

<sup>274</sup> Conferir art. 5º, I, da Lei nº 12.813/2013.

Diante da ineficiência periódica dos serviços públicos, a sociedade desenvolveu um modelo misto de Estado, sendo ele, ao mesmo tempo, regulador e provedor, devendo ainda este mesmo Estado promover a harmonia dos interesses em foco, o que obriga que um ato unilateral deva ser atendido, o mais próximo possível da consensualidade. Neste entendimento, parte-se do princípio de que é possível e necessário estabelecer uma cidadania ativa que imponha um espaço de consenso entre o administrado e o ente público no campo decisório estatal.<sup>275</sup>

A Lei de Acesso à Informação, denominada LAI, veio regulamentar o art. 5º, inciso XXXIII, o art. 37, §3º, inciso II e o art. 216, § 2º, todos da CRFB/88. Assim, é livre o acesso à informação dos órgãos públicos, à medida que:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Assim sendo, o livre acesso constitui direito do cidadão de receber informações do Poder Público por qualquer meio, impondo-se o dever de viabilizar o seu alcance como garantia constitucional da liberdade quanto ao acesso ou a escolha individual do cidadão, devendo as informações serem prestadas no prazo legal, sob pena de responsabilidade.

Deste modo, esta legislação pode ser considerada como um alicerce na edificação de um espaço de consenso entre o administrado e o ente público no campo decisório estatal, na ânsia de compor a preservação da autonomia privada e pública em uma ação que pressupõe um amplo acesso à informação. Nessa compreensão dialógica qualitativa e quantitativa dos dados públicos, desponta a cultura da transparência, criando-se, assim, um novo modelo, um novo paradigma, no qual deverá se pautar o gestor público. Esse novo modelo se fortalecerá com a *accountability* pública, capitaneada pelo maior controle e participação da sociedade. Assim, com o advento da Lei nº 12.527/2011, houve modificação nas relações jurídico-administrativas, pois representou grande avanço para a transparência das ações do poder público, na medida em que causou revolução na relação entre o Poder Público e os administrados, com o balanceamento dos interesses privados e públicos, despontando, assim, o paradigma da transparência.

---

<sup>275</sup> HEINEN, Juliano. **Comentário à lei de acesso à informação: lei nº 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 11-12.

Desta maneira, o processo de acesso aos dados e informes públicos, componente de um padrão axiológico muito claro de participação, deve guardar a ordem inserida no Estado Democrático e Social de Direito, potencializando o direito fundamental à transparência.

Até a entrada em vigor da LAI, o acesso à informação tutelado pela jurisprudência, com base em interpretações do art. 5º, inciso, XXXIII, da CRFB/88, não possuía posicionamento uniforme a respeito, oscilando em um ou outro significado<sup>276</sup>, sempre sujeito a um juízo de ponderação, a ser comparado com outros bens jurídicos também protegidos pela Constituição, tendo a razoabilidade como o fiel da balança.

Assim, a Lei nº 12.527/2011, na perspectiva de concretização de direito constitucional, dispôs em seu artigo 3º:

Art. 3º. Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública com as seguintes diretrizes:

- I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II - divulgação de informações de interesse público, independente de solicitações;
- III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

Assegurou-se o acesso a informações públicas, mediante a criação de um Serviço de Informações ao Cidadão - SIC<sup>277</sup> - (art. 9º, I), além de criar procedimentos, normas e prazos, em todos os órgãos e entidades do Poder Público, visando:

- a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações;
- b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades;
- c) protocolizar documentos ou consultas públicas, incentivo à participação ou a outras formas de divulgação.

Para tanto, foram estabelecidos prazos para que sejam repassadas as informações, sendo de regra o repasse imediato, se estiver disponível, ou em até vinte dias, prorrogáveis por mais dez dias <sup>278</sup>. Recurso poderá ser interposto, em caso de negativa, à autoridade hierarquicamente superior àquela que exarou a decisão<sup>279</sup> e persistindo a negativa, poderá o

---

<sup>276</sup> Pela possibilidade de acesso: Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança nº 1.922/SP, Rel. Min. Humberto Gomes Barros, 1ª Turma, j. 09.02.94. Em sentido contrário, negando acesso com base em reconhecimento de hipóteses de sigilo: Superior Tribunal de Justiça, Habeas Data nº 56/DF, Rel. Min. Félix Fischer, 3ª Seção, j. 10.05.00.

<sup>277</sup> A regulamentação dos SICs, no âmbito da Administração Pública Federal, ficará a cargo de decreto presidencial. No âmbito dos estados, municípios e DF, a regulamentação virá em lei da respectiva esfera legislativa (art. 45, da LAI).

<sup>278</sup> Cfr. art. 11, parágrafo 1º e 2º da Lei nº 12.527/2011.

<sup>279</sup> Cfr. art. 15, § único da Lei nº 12.527.

cidadão aviar recurso à Controladoria-Geral da União.<sup>280</sup> Em última instância, caberá recurso à Comissão Mista de Reavaliação de Informações.<sup>281</sup>

Estabeleceu-se ainda o dever de órgãos e entidades públicas de promover, de ofício, por todos os meios e instrumentos, a divulgação em local próprio de informações de interesses coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, inclusive por meio da internet<sup>282</sup>, à exceção daquelas cujas confidencialidades estejam previstas na lei. Tais exceções, à regra geral do acesso, referem-se à classificação da informação, que poderão ser classificadas como: ultrassecreta (25 anos); secreta (15 anos) e reservada (5 anos)<sup>283</sup>, sendo certo que, para a classificação da informação em determinado grau de sigilo, observar-se-á o interesse público da informação, com a utilização de critério menos restritivo possível, levando em consideração a gravidade do risco ou o dano à segurança da sociedade e do Estado e o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que defina seu termo final.<sup>284</sup>

Mostra-se importante destacar que até o titular das informações não possui, necessariamente, o direito ilimitado, um domínio absoluto, sobre as suas próprias informações, nos termos da parte final do art. 31, § 1º, inciso I. Estas informações encontram-se coligadas a um “recorte da realidade social”, prevendo-se, no § 3º do mesmo artigo, exceções a essa hipótese de sigilo, cuidando-se, assim, de um caso específico de relativização do direito à autodeterminação.<sup>285</sup>

A LAI veio conferir transparência ao Estado brasileiro, conforme preconizado pela CRFB/88, a partir da interpretação dos arts. 8º e 10, da LAI, o que se convencionou chamar de transparência ativa e transparência passiva. A transparência é um dos requisitos essenciais do Estado Democrático de Direito, na medida em que, por meio dela, o cidadão exerce a participação política, resguardando os seus direitos. Entretanto, a transparência não poder ser absoluta, havendo ressalvas para os casos em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, conforme já afirmado.

Cuida a transparência ativa da divulgação de informações, por iniciativa da própria administração, em meios de fácil acesso ao cidadão. Essas informações também devem estar disponíveis em sítio na internet, ficando dispensados desta atribuição os municípios com

---

<sup>280</sup> Cfr. art. 16 da Lei nº 12527/11.

<sup>281</sup> Cfr. art. 16, §3º da Lei nº 12.527/11.

<sup>282</sup> Cfr. art. 8º e parágrafos da Lei nº 12.527/2011.

<sup>283</sup> Cfr. art. 24 e parágrafos da Lei nº 12.527/11.

<sup>284</sup> Cfr. art. 24, § 5º da Lei nº 12.527/11.

<sup>285</sup> HEINEN, Juliano. **Comentário à lei de acesso à informação: lei nº 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 246.

população de até 10 mil habitantes.<sup>286</sup> A transparência passiva, ou mediante provocação do administrado, consiste nos procedimentos para atender a demandas específicas dos cidadãos.

### 3.2.3. A reserva da intimidade da vida privada e o limite ao direito à informação administrativa do direito brasileiro

A Constituição brasileira consagra, em seu art. 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando-se direito à indenização pelo dano material ou moral, em caso de violação.

De outro lado, o art. 37, da mesma Carta Política, elenca um dos basilares princípios que regem todos os setores da atividade administrativa: o da publicidade. Não obstante, o art. 5º, inciso XXXIII, garante ainda o livre acesso à informação administrativa, à medida que:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Entretanto, a publicidade contém reservas e uma delas se encontra na preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, ao abrigo do art. 5º, inciso X, hipótese em que predomina o sigilo sobre a publicidade. Mas é de se lembrar que não há direitos absolutos e imunes a restrições na Carta Maior.

À procura de um limite ao direito à informação administrativa, já no plano infraconstitucional, tem-se que a lei que disciplinava o acesso à informação e tratava do acesso aos documentos públicos de interesse particular ou coletivo, Lei nº 11.111/05, e que previa como limite ao mencionado direito a tutela à intimidade e à vida privada, em seu art. 7º e parágrafo único, foi revogada pela LAI. De igual modo, a Lei nº 8.159/91, que estabelecia o dever de proteção a documentos constantes de arquivos públicos, mormente aqueles que contenham informações atinentes à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurando-lhes indenização pelo dano decorrente da violação do sigilo e indenizações outras, também foi revogada pela LAI.

---

<sup>286</sup> Cfr. Art. 8º, §4º da Lei nº 12.527/11.



Ainda no plano infraconstitucional, o direito à privacidade se encontra previsto no art. 21 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil), nos seus termos:

A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o Juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário à norma.

A seu tempo, a Lei de Acesso à Informação prevê a proteção às informações administrativas que se encontram em poder do Estado relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Essa espécie de informação foi denominada de informação pessoal<sup>287</sup> e pode ser encontrada com facilidade nas bases de dados da maioria dos órgãos públicos, abrangendo diversos informes pessoais, como, por exemplo, nome, filiação, endereço, CPF (cadastro de pessoa física no Ministério da Fazenda), C.I. (carteira de identidade), informes sobre rendas, remunerações, aposentadorias, registros de litígios familiares, laudos médicos entre outros.

As informações administrativas de cunho pessoal são aquelas que dizem respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, acrescendo-se ainda as liberdades e garantias individuais, com proteção destacada no art. 5º, inciso X, da CRFB/88. Em face de peculiaridades, receberam as informações administrativas um tratamento diferenciado em relação àquelas informações de caráter geral, ainda que sujeitas a tratamento por parte do Estado, que deve agir de forma transparente e sempre visando a proteção do direito individual.

De tal modo, ao oposto das informações de caráter geral, as informações relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas possuem natureza de informação restrita, acessível apenas por agentes públicos legalmente autorizados, independentemente de classificação de sigilo, podendo persistir tal restrição por até cem anos, a contar da data da produção da informação.

A divulgação da informação ou seu acesso poderá ainda ser autorizada por terceiros, diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referiram. Entretanto, tal direito não é absoluto, podendo ser afastado em algumas hipóteses. Desta maneira, pode ser dispensada a autorização do interessado e permitida a divulgação ou acesso à informação de caráter pessoal quando esta: (i) se destinar a prevenção ou diagnóstico médico, estando a pessoa absolutamente incapaz, tendo por único e exclusivo tratamento médico; (ii) se destinar à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse

---

<sup>287</sup> Cfr. Art. 31, da Lei nº 12.527/2011.

público ou geral, previstos em lei, vedada a identificação da pessoa à qual a informação se referir; (iii) ao cumprimento de ordem judicial; (iv) para a defesa dos direitos humanos; (v) à proteção do interesse público e geral preponderante. Acrescente-se ainda que a restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem não poderá ser alegada com a finalidade de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância. Por fim, registra-se que procedimentos para o tratamento de informação pessoal deverão ser dispostos em regulamento próprio, mas tal matéria ainda se encontra pendente de regulamentação.<sup>288</sup>

A violação do sigilo das informações pessoais por parte de agentes públicos pode ensejar o enquadramento em crime de violação de sigilo funcional, previsto no art. 325, do Código Penal brasileiro. No âmbito cível, o art. 34, da LAI, prevê não apenas a possibilidade de responsabilização do Estado, como também o direito de regresso do Estado contra o seu agente administrativo por prejuízos por ele causado, nos termos do art. 37, § 6º, da CRFB/88.

Os dados fiscais, em se tratando de informações pessoais, são sigilosos, só podendo ser acessados por agentes públicos legalmente autorizados, consistindo o sigilo fiscal na proibição de divulgação de dados dos contribuintes em poder do Fisco, o que é assegurado pelo art. 198 do Código Tributário Nacional brasileiro.<sup>289</sup>

Portanto, levando em consideração o direito positivado, o acesso a informações administrativas mantidas pelo Poder Público não pode ser franqueado a terceiros, salvo hipóteses do art. 31 e parágrafos, da Lei nº 12.527/11 - LAI, onde se insere a proteção do interesse público e geral preponderante.

Assim, do ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que o legislador infraconstitucional, em seu valor máximo, houve por bem autorizar o acesso à informação administrativa até onde o direito à privacidade não for atingido, conferindo, entretanto, a algumas exceções, onde se inclui o interesse público e geral preponderante, a permissão da divulgação das informações administrativas.

---

<sup>288</sup> Cfr. Art. 31 e parágrafos, da Lei nº 12.527/2011.

<sup>289</sup> Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

### 3.3. O direito fundamental ao acesso à informação no direito português

Reconheceu a Constituição da República Portuguesa, em seus artigos 266 e 267, a função e a estrutura da Administração Pública na objetivação do interesse público. Preocupou-se ainda com os direitos, interesses, garantias e liberdades dos cidadãos, introduzindo nova feição à administração estatal. Essa nova feição é notada pela garantia de maior participação do cidadão nas atividades desenvolvidas pela Administração, nas quais o acesso à informação administrativa, a publicidade e as novas tecnologias assumem papel de realce. O conhecimento do que se passa na administração estatal traduz a importância da transparência no controle, fiscalização e legalidade dos atos administrativos.

Esse novo modelo de administração abandonou estruturas e métodos retrógrados e autoritários, passando a cultivar o princípio da administração aberta. Visou-se uma dinâmica atuação no processo de transformação social e política, na busca de um ideário legitimador do interesse geral, da eficácia, da eficiência e da participação dos administrados. Essa nova feição passou a ser conhecida como administração *constitutiva* ou *conformadora*.<sup>290</sup>

O direito à informação se encontra regulado na Constituição da República Portuguesa<sup>291</sup>, que garante a todos a liberdade de expressão e informação, incluindo o direito de informar e ser informado, sem impedimentos nem discriminações.

Estes direitos, liberdades e garantias devem ser conjugados com o direito de participação na vida pública<sup>292</sup>, já que é garantido também a todos os cidadãos o direito de serem esclarecidos objetivamente sobre os atos do Estado e demais entidades públicas sobre a gestão dos assuntos públicos, traduzindo tal circunstância em um direito de defesa de participação política, como refere José Eduardo de Figueiredo Dias.<sup>293</sup>

A legislação alusiva ao acesso à informação em Portugal relaciona a si quatro princípios constitucionais bem definidos e conhecidos. São eles o direito à informação<sup>294</sup>, a reserva da

---

<sup>290</sup> Cfr. SOARES, Rogério Ehrhart. **Princípio da legalidade e administração constitutiva**. In: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LVII. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1981, p. 178.

<sup>291</sup> Constituição da República Portuguesa, art. 37.

<sup>292</sup> Constituição da República Portuguesa, art. 48.

<sup>293</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo. **O direito à informação no novo Código do Procedimento Administrativo**. In GOMES, Carla Amado. NEVES, Ana Fernanda. SERRÃO, Tiago (Coord.). Lisboa: aafdl, 2015, p. 373.

<sup>294</sup> Constituição da República Portuguesa, art. 20 e 37.

intimidade e vida privada<sup>295</sup>, o segredo de justiça<sup>296</sup> e questões de segurança nacional e do Estado.<sup>297</sup>

No equilíbrio entre direito à informação relativa à produção documental de representantes e agentes públicos<sup>298</sup> também se coloca o direito à proteção da informação<sup>299</sup> e o segredo de justiça<sup>300</sup>. Do mesmo modo, a liberdade de expressão e informação<sup>301</sup> é balanceada pela reserva da intimidade e vida privada.<sup>302</sup>

Em Portugal, a Lei nº 46/2007 regula o acesso aos documentos administrativos, e sua reutilização, sem prejuízo do disposto na legislação relativa ao acesso à informação em matéria de ambiente. De grande relevo são os principais diplomas legais regulamentares nesta sede, tais como a Lei da Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 67/98), a Lei Orgânica nº 2/2014 (Lei do Segredo de Estado), a Lei nº 19/2006 (regula o acesso a informação sobre ambiente), a Lei nº 46/2012 (alterou e republicou a Lei nº 41/2004, que regula a proteção de dados pessoais no setor das Comunicações Eletrônicas), a Lei nº 32/2008 (transpõe a Diretiva da Retenção de Dados, relativa à conservação de dados das comunicações Eletrônicas) e a Lei nº 69/98, que regula o tratamento de dados pessoais e a proteção à privacidade no setor de comunicações.

Um dos diplomas lusitanos de maior destaque e que regula dispositivo constitucional referente ao direito à informação é o Código do Procedimento Administrativo – CPA, instituído pelo Decreto-lei nº 4/2015, de 7 de janeiro. Este código sucedeu o anterior, CPA aprovado pelo Decreto-Lei nº 442/91, reservando disposições contidas nos arts. 82 a 85 para direitos, garantias e princípios que amparam a existência da própria lei de acesso aos documentos administrativos, garantindo direitos aos cidadãos pretendentes à informação da administração pública.

As políticas de governo aberto formatam um verdadeiro direito à comunicação, reformulando parâmetros pelos quais se torna até admissível ao Estado negar acesso a determinada informação restrita, suportando as entidades administrativas o ônus da justificação da restrição do acesso e não mais o administrado em provar o seu justo interesse,

---

<sup>295</sup> Constituição da República Portuguesa, art. 26, 34 e 268.

<sup>296</sup> Constituição da República Portuguesa, art. 20.

<sup>297</sup> Constituição da República Portuguesa, art. 268.

<sup>298</sup> Constituição da República Portuguesa, art. 268.

<sup>299</sup> Constituição da República Portuguesa, art. 268.

<sup>300</sup> Constituição da República Portuguesa, art. 20.

<sup>301</sup> Constituição da República Portuguesa, art. 37.

<sup>302</sup> Constituição da República Portuguesa, art. 26.

como sugerem as melhores práticas internacionais. Ressalte-se ainda que a legislação lusitana respeita *standards* internacionais referentes à abertura e à justificação administrativa, esforçando-se o Estado em melhorar o acesso à informação.

Funcionando como agência de regulação no domínio do acesso à informação, a CADA – Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, gerencia os reclames dos usuários<sup>303</sup>, fornece indicações sobre pedidos não diretamente endereçados às agências responsáveis pela informação em causa<sup>304</sup> e presta aconselhamento a entidades que levantem dúvidas sobre a disponibilização da informação.<sup>305</sup>

Por seu turno, a CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados, criada pela Lei nº 43/2004, cuida-se de uma entidade administrativa independente, com poderes de autoridade, com funcionamento previsto junto à Assembleia da República, tendo como atribuição controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de proteção de dados pessoais.<sup>306</sup>

Conforme mencionam Marcelo Moriconi e Luís Bernardo<sup>307</sup>, o acesso a documentos administrativos não é acesso à informação. A legislação lusitana preocupa-se com *outputs* retrospectivos e ignora o princípio da informação de largo aspecto, não possuindo as entidades públicas o dever de prestar informes dotados de clareza, pois não há critérios definidores de clareza, simplicidade e precisão. A legislação refere-se especificamente a informação retrospectiva e oficialmente validada<sup>308</sup>, enquanto informação passível de disponibilização sob pedido. Confirmam os autores não existir provisões referentes a informação coetânea (em tempo real) ou prospetiva, e para tomadas de decisão. Aduzem ainda os autores não haver critérios definidos para o acesso a documentos sujeitos a decisão ainda não tomada e as instituições não têm obrigação de fornecer informes sobre estudos preliminares, atas ou minutas de encontros preparatórios ou outros tipos e dados.<sup>309</sup> Entretanto, asseveram que a lei é bem detalhada quanto a exceções ao acesso, notadamente

---

<sup>303</sup> Lei 46/2007, capítulo III, art. 27, 1.

<sup>304</sup> Lei 46/2007, capítulo II, art. 14, 2.

<sup>305</sup> Lei 46/2007, capítulo III, art. 27, 1, d).

<sup>306</sup> Conforme estabelecido na Lei nº 67/98, em seu art. 22, nº 1.

<sup>307</sup> MORICONI, Marcelo. BERNARDO, Luís. **Dados, conhecimento, ação: melhorar o acesso à informação em Portugal**. Policy Paper SNI#1: Acesso à Informação. Transparência Internacional. 2012. Disponível em:

<[http://www.academia.edu/2947623/Dados\\_Conhecimento\\_Ac%C3%A7%C3%A3o\\_Melhorar\\_o\\_Acesso\\_%C3%A0\\_Informa%C3%A7%C3%A3o\\_em\\_Portugal](http://www.academia.edu/2947623/Dados_Conhecimento_Ac%C3%A7%C3%A3o_Melhorar_o_Acesso_%C3%A0_Informa%C3%A7%C3%A3o_em_Portugal)>. Acesso em: 10 out. 2015.

<sup>308</sup> Lei 46/2007, capítulo I, art. 3, 1.

<sup>309</sup> Lei 46/2007, capítulo I, art. 6, 3.

ligadas a assuntos de segurança nacional<sup>310</sup>, segredo de justiça<sup>311</sup> e reserva da intimidade e vida privada.<sup>312</sup> O acesso dos cidadãos às informações oriundas do setor público se dá por meio de relatórios anuais e planos de atividades das entidades.

Portugal classifica-se em 70º lugar e o Brasil ocupa o 18º lugar no Ranking Global de Direito à Informação<sup>313</sup>, que avalia a qualidade da legislação mundial sobre o direito à informação.

No cotejo do art. 268, da Constituição da República Portuguesa, pode-se ainda constatar no âmbito normativo que o direito à informação administrativa admite duas espécies: a “informação procedimental”, relacionada a processos de interesses diretos dos administrados<sup>314</sup>, e a “informação não procedimental”, relacionada a direito ao arquivo aberto, independentemente do interesse demonstrado pelo administrado, em atenção, assim, aos princípios da publicidade e transparência da administração pública.<sup>315</sup>

Ainda é pertinente diferenciar, em sede de acesso ao arquivo aberto, os documentos das duas vertentes, ditos “nominativos” e os “não nominativos”.

Os documentos “não nominativos” referem-se à possibilidade de todos conhecerem da informação, desde que atendidas as condições legais.

No que tange aos documentos “nominativos”, permite-se o acesso pelas pessoas neles envolvidas, por reunir dados pessoais, aqui compreendidos como informações sobre pessoa singular, identificada ou identificável, que contenham apreciações, juízos de valor ou que sejam abrangidas pela reserva da intimidade da vida privada.<sup>316</sup>

Assim, nos termos dos artigos 2º, nº 3; Art. 6º, nº 5 e Art. 8º, c), todos da Lei nº 46/2007, para o acesso aos documentos nominativos é necessária a demonstração de um interesse direto, pessoal e legítimo, mormente quando incluam dados de saúde do titular da informação. Em caso de terceiro, é necessária uma autorização escrita da pessoa a quem os dados são atinentes ou que seja demonstrado interesse direto, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade, sendo vedada a sua utilização para fins

---

<sup>310</sup> Lei 46/2007, capítulo I, art.6, 1.

<sup>311</sup> Lei 46/2007, capítulo I, art. 6, 2.

<sup>312</sup> Lei 46/2007, capítulo I, art. 2, 3; Lei 46/2007, capítulo I, art. 6, 5; Lei 46/2007, capítulo I, secção II, art. 18, c).

<sup>313</sup> Access Info Europe (AIE); Centre for Law and Democracy (CLD). **Global Right to Information Rating**. Disponível em: <http://www.rti-rating.org/country-data>. Acesso em: 19/10/2015, às 18h20min

<sup>314</sup> Cfr. Art. 85 do CPA/2015.

<sup>315</sup> Cfr. Art. 17 do CPA/2015.

<sup>316</sup> Cfr. Art. 3º, b), da Lei nº 46/2007.

diversos dos que determinavam o acesso, sob pena de responsabilidade por perdas e danos. Sua reutilização também é vedada, salvo autorização do titular ou disposição legal que preveja expressamente ou quando os juízos de valor ou informações abrangidas pela reserva da intimidade da vida privada possam ser anonimizados, o que é bem diverso do tratamento judicial brasileiro até então, em sede de discussão do *leading case* desta dissertação.

Registre-se, por fim, que os dados fiscais dos contribuintes não são públicos. Estão eles protegidos pelo sigilo fiscal e o seu acesso é restrito aos funcionários da AT (Autoridade Tributária) habilitados a esta consulta por motivos profissionais. A LGT (Lei Geral Tributária)<sup>317</sup> determina em seu art. 64º sobre confidencialidade:

1 – Os dirigentes, funcionários e agentes da administração tributária estão obrigados a guardar sigilo sobre os dados recolhidos sobre a situação tributária dos contribuintes e os elementos de natureza pessoal que obtenham no procedimento, nomeadamente os decorrentes do sigilo profissional ou qualquer outro dever de segredo legalmente regulado.

Ao abrigo da Lei nº 4/83, de 2 de abril (sobre o controle público da riqueza dos titulares de cargos políticos), os governantes – como, por exemplo, Deputados, Presidentes de Câmara (correspondentes às prefeituras), Presidente da República, Primeiro-Ministro, Ministros, entre outros – têm de declarar ao Tribunal Constitucional os seus rendimentos, patrimônio e cargos sociais, no prazo de 60 dias depois de assumirem as suas funções. Ressalve-se, porém, que a divulgação pública desta informação junto ao Tribunal Constitucional não colide com a proteção do cadastro fiscal (o histórico fiscal do contribuinte) previsto na LGT (Lei Geral Tributária).

Na AT (Autoridade Tributária), os funcionários têm livre acesso aos dados fiscais do contribuinte, estando obrigados, por dever funcional, a proteger (e não divulgar) as informações fiscais com as quais têm de lidar por razões profissionais. Note-se, que, por si só, a consulta aos dados não constitui, à partida, violação do sigilo fiscal a que todos os funcionários da AT estão obrigados.

---

<sup>317</sup> Cfr. Decreto-lei nº 398/98 – DR nº 290/98 SÉRIE I-A.

### 3.3.1. A reserva da vida privada e o limite ao direito à informação no direito português

A Constituição da República Portuguesa consagra disposições em que a liberdade de expressão e informação<sup>318</sup> é equilibrada, balanceada, pela reserva da intimidade e vida privada.<sup>319</sup>

Cuidando-se de opção do Legislador Constituinte Originário, a Constituição prevê, em seu art. 26º, nº 1, o direito das pessoas à reserva da intimidade da vida privada, dispondo o seu art. 26º, nº 2, que a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusiva ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. Desta maneira, o exercício do direito à informação administrativa admite contornos.

De tal modo, foi reconhecido como limite ao exercício do direito de informação administrativa o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, conforme menciona o art. 268, nº 2, da Constituição da República Portuguesa.<sup>320</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, em comentário à disposição constitucional, sustentam que a proteção conferida é melhor compreendida sob duas vertentes, consistentes em: evitar o acesso de estranhos a informações sobre a vida familiar e privada e o direito a que ninguém divulgue tais informações. Observam ainda os autores que existe um equívoco em definir a linha divisória entre a vida familiar e a privada, sugerindo que o critério constitucional fosse retirado dos conceitos de “privacidade” e de “dignidade da pessoa humana”, mencionados no art. 26º, com o objetivo de “definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea”.<sup>321</sup>

Assim, em sede de relações sociais e institucionais, há, não raramente, o conflito entre o direito à reserva da intimidade da vida privada e o direito à informação administrativa, acompanhados pelas novas tecnologias de acesso, tratamento e divulgação das informações

Como é cediço, consiste o direito à reserva da intimidade privada no interesse de controlar as informações pessoais constantes naqueles documentos designados “nominativos”.

---

<sup>318</sup> Constituição da República Portuguesa, art. 37.

<sup>319</sup> Constituição da República Portuguesa, art. 26.

<sup>320</sup> RIBEIRO, Diego Freitas. **O direito à informação administrativa e o limite à reserva da intimidade da vida privada**. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/74>>. Acesso em: 24 out. 2015.

<sup>321</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora: 2007, p. 468.



Trata-se de uma faculdade que cada pessoa tem de impedir a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir que sejam divulgadas informações sobre essa área da manifestação existencial do ser humano. De outro lado, há o interesse público conflitante na transparência administrativa, devendo ser adotado justo equilíbrio no conflito exsurgido.

Um dos maiores desafios da doutrina moderna é entender até onde se deve tornar públicos os atos administrativos e dados da administração, sem violar o direito fundamental à intimidade da vida privada do indivíduo.

Para tanto, necessário se faz a solução do conflito entre o direito à reserva da intimidade da vida privada e o direito à informação administrativa por meio de uma ponderação dos interesses envolvidos no caso em comento.

Da análise jurisprudencial da Corte Constitucional Portuguesa se extrai que, em caso de conflito, com fundamento no art. 268, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, a Corte Constitucional lusitana tem optado pela supremacia do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, em prejuízo do direito de acesso aos arquivos e registros administrativos. Fundamenta-se tal preferência, pois a reserva da intimidade da vida privada, além de se constituir em um direito fundamental (art. 26, nº 1), é expressamente reconhecida como um limite ao exercício do direito de informação administrativa.<sup>322</sup>

Cuida-se de um limite constitucional inserido na Carta Magna portuguesa, definidor da preferência do Legislador Constituinte Originário. Em tal orientação vem se posicionando a jurisprudência.<sup>323</sup>

Portanto, ficaram bem definidas as restrições no âmbito do direito à informação administrativa, que se verificam na defesa do direito à intimidade das pessoas, nos interesses da segurança interna, e da investigação criminal. Neste sentido:

Com efeito, a exigência de transparência há de traduzir-se na obrigação da Administração Pública permitir a visibilidade da sua atuação. E daí que a intenção normativa de afastar o segredo administrativo e de tomar o funcionamento da Administração mais democrático e transparente só possa ser concretizada através do conhecimento da informação constante dos seus arquivos e registros, com as

---

<sup>322</sup> RIBEIRO, Diego Freitas. **O direito à informação administrativa e o limite à reserva da intimidade da vida privada**. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/74>>. Acesso em: 24 out. 2015.

<sup>323</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão 176/92. Proc. 22/84**. Relator: Conselheiro Fernando Alves Correia: Julgamento 7/5/1992. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/199020176.html>>. Acesso em: 15 out. 2015.

exceções legais justificadas na segurança interna e externa, na investigação criminal e na privacidade das pessoas.<sup>324</sup>

O Tribunal Constitucional Português, no julgamento do emblemático acórdão 254/99<sup>325</sup>, se viu diante de um conflito entre o direito à informação e os direitos ao segredo comercial ou industrial, de autor ou de propriedade industrial e o interesse no respeito das regras de leal concorrência, ocasião em que decidiu pela prevalência destes últimos.

A demanda havia sido julgada anteriormente pelo Supremo Tribunal Administrativo que, reconhecendo a natureza de direito fundamental do acesso à informação, decidiu que sua limitação só seria possível se atendidos certos requisitos, com a expressa autorização constitucional, a previsão em Lei ou de Decreto-Lei, a observância do princípio da proporcionalidade e apenas para ressaltar o conteúdo essencial do direito fundamental.<sup>326</sup>

Na ocasião, a Corte Administrativa decidiu por negar os pedidos de informação da requerente que, inconformada, recorreu ao Tribunal Constitucional.

Segundo a recorrente, a reserva de lei contida no nº 2, do art. 268<sup>327</sup>, da Constituição, indicaria ser constitucional qualquer outro limite ao direito de informação nele reconhecido. Assim, a seu ver, apenas poderiam ser impostas restrições explícitas ao exercício do direito de informação administrativa com fundamento na tutela de valores e direitos exaustivamente enumerados no nº 2, do art. 268, da Constituição – segurança interna e externa, investigação criminal e intimidade dos cidadãos.

Contudo, em acórdão relatado pelo Conselheiro Sousa e Brito, entendeu a Corte Constitucional Portuguesa que não haveria “razão em nenhum destes pontos, pois todos os “direitos podem ser limitados ou comprimidos por outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos”.

Não há que se falar, então, que “quando a Constituição consagra um limite expreso, está afirmando que nenhum outro limite foi desejado”. Isso porque se admitiu a existência de

---

<sup>324</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Processo 686/12. Acórdão 117/2015**. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro; data do acórdão 12/2/2015. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150117.html>>. Acesso em: 15 out. 2015.

<sup>325</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Processo 456/97. Acórdão 254/99**. Relator: Conselheiro Sousa e Brito; data do acórdão 4/5/1999. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990254.html>>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>326</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. **Processo 036628**. Relator: Edmundo da Silva; data do acórdão 22/2/1995. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b3ead14e0908baae802568fc00390722?OpenDocument>>. Acesso em: 15 out. 2015.

<sup>327</sup> Os cidadãos têm o direito de acesso aos arquivos e registros administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.

outros limites (além dos expressamente considerados no preceito constitucional) e de outros interesses relevantes a ponderar como:

(...) em matéria de segredo comercial ou industrial, de direitos do autor ou de direitos de propriedade industrial, e de concorrência desleal, o direito à invenção científica, integrado na liberdade de criação cultural do Título II da Constituição (art. 42º), o interesse de livre iniciativa económica privada (artigos 61º, nº 1 e 80ª, alínea c), o interesse no funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país ( art. 81º, alínea j).

Vale lembrar que, no Acórdão 155/2007<sup>328</sup>, o Tribunal Constitucional sistematizou os requisitos exigidos para a restrição de direitos fundamentais. Do julgado colhe-se que:

(...) qualquer restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se (i) for autorizada pela Constituição (artigo 18º, nº 2, 1ª parte); (ii) estiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado (artigo 18º, nº 2, 1ª parte e 165º, nº 1, alínea b); (iii) visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido ( art. 18, nº 2, in fine); (iv) for necessária a essa salvaguarda, adequada para o efeito e proporcional a esse objetivo (artigo 18º, nº 2, 2ª parte); (v) tiver carácter geral e abstrato, não tiver efeito retroactivo e não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (art. 18º, nº 3, da Constituição).

Do mesmo modo, em análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, vigora o entendimento de que a informação administrativa não goza de qualquer proteção absoluta, posto que existem outros valores reconhecidos constitucionalmente com igual ou maior valia, quando se está discutindo a proteção da intimidade e privacidade das pessoas.

Examinando tais valores que possuiriam igual ou maior valia, o Supremo Tribunal Administrativo já decidiu, nos autos do processo 0965/2009<sup>329</sup>, que o direito à informação administrativa pode ser restringido “quando estiver em causa a consulta de documentos que revelem (...) segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa”.

Complementando essa ideia, foi salientado no processo 0493/2009<sup>330</sup> que o acesso à informação só seria concedido nestes casos se houvesse a demonstração de um “interesse directo, pessoal e legítimo nessa consulta e que este é suficientemente relevante de acordo com o princípio da proporcionalidade”.

<sup>328</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Processo 695/06. Acórdão 155/07**. Relator: Conselheiro Gil Galvão; data do acórdão 2/3/2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>329</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. **Processo 0965/2009**. Relator: Costa Reis; data do acórdão 06/01/2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/38c4b86a446e365d802576a5005959c9?OpenDocument&ExpandSection=1>>. Acesso em: 16 out. 2015.

<sup>330</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. **Processo 0493/2009**. Relator: Costa Reis; data do acórdão 30/09/2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/0f16ac6cf7fcf3fa080257648002efff0?OpenDocument>>. Acesso em: 16 out. 2015.

O Supremo Tribunal de Justiça, ao analisar o Recurso Contencioso 3/12.2YFLSB<sup>331</sup>, reconheceu o direito de um magistrado acessar informação administrativa, ainda que se tratasse de documento nominativo, pois, no caso, houve a comprovação de um “interesse direto, pessoal e legítimo na obtenção das informações requeridas”.

Nota-se, portanto, que o direito à privacidade, inicialmente protegido em detrimento do direito à informação, foi suplantado e, uma vez provado o justo interesse na informação, foi ela concedida.

Cabe lembrar que o Supremo Tribunal Administrativo decidiu, recentemente, que o direito à informação não procedimental não pode ser alegado visando à “colheita de explicações, justificações, conclusões ou juízos de valor”.<sup>332</sup>

No julgado, em que oito cidadãos requereram a intimação do Primeiro-Ministro para a emissão de certidão, prestação de informações e emissão de documentos, a Corte Administrativa salientou que:

(...) o princípio da Administração aberta não conduz à necessidade de se explicarem as causas, os fins ou a valia da escolha, pois aceder à documentação administração (...) consiste, pura e simplesmente, em colher elementos documentais.

Portanto, a solução para todos os conflitos exurgidos deve ser analisada sempre se levando em conta o caso concreto, o contexto e a conjuntura econômico-social à época do fato.

Mas o Supremo Tribunal Administrativo e a Suprema Corte firmaram orientação de que, em caso de conflito entre o direito à informação administrativa e o direito à reserva da intimidade da vida privada, este último prevalece, por se tratar de limite constitucional ao exercício do direito de informação explicitamente previsto no art. 268, nº 2, da Constituição da República Portuguesa.

---

<sup>331</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo 3/12.2YFLSB**. Relator: Manuel Braz; data do acórdão 9/2/2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2bd6a5e839ceb9ad802579aa003f43d7?OpenDocument>>. Acesso em: 13 out. 2015.

<sup>332</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. **Processo 0179/2015**. Relator: Madeira dos Santos; data do acórdão 25/03/2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/7594d8173a58c83480257e2900450eed?OpenDocument&Highlight=0,informação,administrativa>>. Acesso em: 15 out. 2015.

### 3.4. O acesso à informação no direito comparado em abreviadas notas

A busca por maior transparência e o acesso a informações são objetivos destacados em legislações de diversos países.

A Suécia, com destaque, desde 1766, possui regra peculiar sobre o acesso à informação, aplicando-se a todos os documentos expedidos ou recebidos pela administração, inclusive os eletrônicos, o que confere especial proteção a dados pessoais.<sup>333</sup>

O *Freedom Information Act* – FOIA (Ato da Liberdade de Informação), dos Estados Unidos da América, de 1966, recebe ainda emendas visando a um contínuo aperfeiçoamento. Cuida-se de norma federal que permite a divulgação integral ou parcial de informações inéditas e documentos controlados pelo Governo Americano (*disclosure of the information*), permitindo o acesso (*right of access*), bem como o direito ao registro (*record*), de complementação (*amendment*) ou de retificações (*correction*). Assim, qualquer pessoa tem o direito em tribunal de obter acesso aos registros de agências federais, a menos que os registros estejam protegidos da divulgação, conforme previsão no estatuto.<sup>334</sup>

Na América do Sul, a Colômbia foi a precursora em estabelecer norma que possibilitou o acesso a documentos do Governo, em 1888. Chile e Uruguai também aprovaram leis de acesso à informação. Na América Latina, o México destacou-se na promulgação da Lei Federal de Transparência e Acesso à Informação Pública Governamental, de 2002, considerada como importante referência, tendo previsto a instauração de sistemas rápidos de acesso, a serem supervisionados por um órgão independente.<sup>335</sup>

Na França, a lei de acesso à informação foi sendo construída por um longo período e aplica-se às pessoas jurídicas de direito público e às pessoas de direito privado que exerçam o serviço público, havendo possibilidade de oposição em se tratando de dados referentes à

---

<sup>333</sup> GONÇALVES, José Renato. **Acesso a informação das entidades públicas**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 27.

<sup>334</sup> ESTADOS UNIDOS. Departamento de Justiça. **What is FOIA?**. Disponível em: <<http://www.foia.gov/about.html>>. Acesso em: 3 out. 2015.

<sup>335</sup> CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Acesso à informação pública: Uma introdução à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materias-interesse/cartilhaacessoainformacao.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2015.

defesa nacional.<sup>336</sup> A Lei nº 78-753/1978 prevê medidas para melhoria das relações entre a administração e o público e diversas disposições de ordem administrativa, social e fiscal. A legislação foi complementada por outras duas leis sobre proteção de dados pessoais, (também de 1978) e sobre arquivos e informação classificada (1979).<sup>337</sup>

Na Espanha, a Lei 19/2013, de 09 de dezembro de 2013, institucionalizou a transparência ativa, ou seja, a divulgação de informações públicas sem necessidade de solicitações. A legislação estabelece obrigações de boa governança a serem cumpridas pelas autoridades públicas e consequência jurídicas de seu não cumprimento, o que a converte em uma exigência de responsabilidade para todos que desenvolvem atividades de relevância pública. Estipula ainda um tríplice alcance: aumenta e reforça a transparência na atividade política, que se articula através de obrigações de publicidades ativas para todas as Administrações e Entidades públicas; reconhece e garante o acesso à informação como um direito de amplo âmbito subjetivo.<sup>338</sup>

Na Itália, o marco regulatório do acesso à informação foi o Dec. nº 241/1990 (*Legge sul procedimento amministrativo*). Por meio desta legislação, tornou-se obrigatória a informação ao administrado de abertura de procedimento administrativo, facultando-lhe o acesso e a motivação administrativa, sendo exigido, entretanto, a comprovação do interesse legítimo. Busca-se o justo equilíbrio entre a transparência dos atos da Administração e o sigilo para a proteção de interesses do Estado. Com a abertura de informações administrativas na *web*, tal fato propicia ao cidadão analisar estatísticas e verificar a evolução do projeto de transparência em todo o país.<sup>339</sup>

Como garantia da democracia em inúmeros países e em diversos organismos internacionais, verifica-se a importância do acesso à informação como direito fundamental.

Assim, a noção de “liberdade de informação” foi reconhecida pela ONU, que, em 1946, adotou a Resolução 59, de 14 de dezembro, assim mencionando: “A liberdade de informação constitui direito fundamental e a pedra de toque de todas as liberdades que se dedica a ONU”.

---

<sup>336</sup> GONÇALVES, José Renato. **Acesso a informação das entidades públicas**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 29.

<sup>337</sup> BRASIL. Portal da Ouvidoria do Ministério da Fazenda. Disponível em: <<http://portal.ouvidoria.fazenda.gov.br/arquivo-pdf/LAI%20Franca.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2015.

<sup>338</sup> ESPANHA. Ministério da Presidência. **Boletim da Agencia Estatal do Estado nº 295, de 10.12.2013. Lei 19/2013, de 9 de dezembro de 2015**. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887>>. Acesso em: 4 out. 2015.

<sup>339</sup> SCARPIN, Andréa. **Acesso à Informação: Itália busca o equilíbrio entre o sigilo e transparência**. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 12 Marc. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-12/andrea-scabin-italia-busca-equilibrio-entre-sigilo-transparencia>>. Acesso em: 5 out. 2015.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) reconheceu a liberdade de opinião e expressão em 1948 (Resolução da Assembleia Geral da ONU 217 (III), de 10 de dezembro de 1948), possuindo ela efeito vinculante, obrigando a todos os Estados como direito internacional consuetudinário. Ela dispôs em seu art. 19:

Todo ser humano tem direito à liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ICCPR) foi adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966 e, em julho de 2007, foi ratificado por 160 Estados, garantindo ele, em seu art. 19, o direito à liberdade de opinião e expressão.<sup>340</sup>

#### 3.4.1. O direito à informação administrativa no âmbito comunitário europeu

No âmbito comunitário, percebe-se que, desde a criação da União Europeia, o fomento à transparência e a garantia de acesso público à informação governamental assumiram papel de grande importância na integração europeia. Isso porque, conforme refere John Palmer, reconheceu-se que, para o sucesso da integração europeia, era necessário associar cada vez mais os cidadãos, ganhando a sua confiança e motivando a sua participação.<sup>341</sup>

Nessa perspectiva, já no tratado de Maastricht foi registrada uma declaração sobre a melhoria do acesso ao público à informação, nos seguintes termos:

A Conferência considera que a transparência do processo decisório reforça o caráter democrático das instituições e a confiança do público na Administração. Por conseguinte, a Conferência recomenda que a Comissão apresente ao Conselho, o mais tardar até 1993, um relatório sobre medidas destinadas a facilitar o acesso do público à informação de que dispõem as instituições.<sup>342</sup>

---

<sup>340</sup> MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2. ed.. Brasília: UNESCO, 2009, p. 8. Disponível em: [http://portal.unesco.org/ci/en/files/26159/126398551119freedom\\_information\\_pt.pdf/freedom\\_information\\_pt.pdf](http://portal.unesco.org/ci/en/files/26159/126398551119freedom_information_pt.pdf/freedom_information_pt.pdf). Acesso em: 5 out. 2015.

<sup>341</sup> PALMER, John. **Openness and Transparency: the state of the debate in the European Union**. European Information. ISSN 1461-5428, n° 6 (1999), p. 2.

<sup>342</sup> CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS; COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Tratado da União Europeia**. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_on\\_european\\_union/treaty\\_on\\_european\\_union\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_on_european_union/treaty_on_european_union_pt.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2015.

Por sua vez, nos Conselhos Europeus de Birmingham, de 16 de outubro de 1992, Edimburgo, em 11 e 12 de dezembro de 1992, e Copenhague, nos dias 21 e 22 de junho de 1993, reforçou-se a ideia de que a integração europeia só seria possível caso se garantisse o acesso público às informações comunitárias. Dentre os textos aprovados nos citados conselhos, destaca-se aquele produzido em Birmingham, intitulado “Uma comunidade próxima dos seus cidadãos”, no qual se reafirmou o dever de “tornar a comunidade mais aberta, de modo a assegurar um debate público mais esclarecido sobre as suas atividades”.<sup>343</sup>

Para viabilizar o acesso às informações exigido nos documentos citados, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia adotaram um código de conduta sobre o acesso do público aos seus documentos, definindo o conceito de documento, procedimentos e prazos para obtenção da informação e o regime de exceções à divulgação de informações.<sup>344</sup>

Em março de 1996, iniciou-se a Conferência Intergovernamental para a revisão do Tratado da União Europeia. Como resultado dos trabalhos, foi assinado, em 2 de outubro de 1997, o Tratado de Amsterdã, cujo objetivo era proceder à reforma das instituições para preparar a adesão de mais países à União Europeia. Entre as alterações promovidas por este Tratado, foi inserido o artigo 191-A ao Tratado da União Europeia, *in verbis*:

1. Todos os cidadãos da União e todas as pessoas singulares ou coletivas que residam ou tenham a sua sede social num Estado-Membro têm direito de acesso aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, sob reserva dos princípios e condições a definir nos termos dos n.ºs. 2 e 3.
2. Os princípios gerais e os limites que, por razões de interesse público ou privado, não-de reger o exercício do direito de acesso aos documentos serão definidos pelo Conselho, deliberando nos termos do artigo 1899-B no prazo de dois anos a contar da data de entrada em vigor do Tratado de Amsterdão.
3. Cada uma das citadas instituições estabelecerá, no respectivo regulamento interno, disposições específicas sobre o acesso aos seus documentos.<sup>345</sup>

Dando continuidade à linha histórica de atos da União Europeia referentes ao acesso à informação, é importante citar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7 de dezembro de 2000. O documento estatui, em seu art. 42º, ser direito de qualquer cidadão da União Europeia, bem como qualquer pessoa singular ou coletiva com

---

<sup>343</sup> CONSELHO EUROPEU. Birmingham, 16 de outubro de 1992, **Conclusões da Presidência**. Disponível em: <[http://www.uc.pt/fduc/pdfs/jean\\_monnet/CONSELHOEUROPEUDEBirmingham1992.pdf](http://www.uc.pt/fduc/pdfs/jean_monnet/CONSELHOEUROPEUDEBirmingham1992.pdf)>. Acesso em 19 out. 2015.

<sup>344</sup> COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Decisão da comissão, de 8 de fevereiro de 1994, relativa do acesso do público aos documentos da comissão**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31994D0090>>. Acesso em: 18 out. 2015.

<sup>345</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Amsterdão**. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_of\\_amsterdam/treaty\\_of\\_amsterdam\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_of_amsterdam/treaty_of_amsterdam_pt.pdf)>. Acesso em 15 out. 2015.



residência ou sede social num Estado-Membro, o acesso aos documentos das instituições, órgãos e organismos da União Europeia, seja qual for o suporte desses documentos.<sup>346</sup>

Com vistas a permitir “o mais amplo efeito possível do público aos documentos”, estabelecer os respectivos princípios gerais e limites, bem como “promover boas práticas administrativas em matéria de acesso aos documentos”, o Parlamento Europeu e a Comissão editaram o Regulamento 1049/2001, de 30 de maio de 2001<sup>347</sup>, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

Dentre as disposições deste Regulamento, podem ser extraídos quatro princípios gerais a seguir elencados:

1. Direito de acesso geral e não condicionado. Artigos 2º e 6º.
2. Direito de acessibilidade total, salvo exceções previstas no próprio regulamento. Artigo 4º.
3. Ampla conceituação do termo documento. Artigo 3º, alínea “a”.
4. Direito de recurso. Artigos 7º e 8º.

Vale acrescentar que, em matéria ambiental, o acesso à informação é especificamente tratado pela Convenção de Aarhus, cujo objetivo é determinar que cada parte garanta o “acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente”.<sup>348</sup>

Assim, as liberdades fundamentais vinculam os Estados-Membros em virtude de “serem eles que, desde logo, se obrigam aos Tratados, vinculação essa cujos termos resultam do apuramento jurisprudencial dos princípios do primado e do efeito direto”. Esse primado integral do direito da União Europeia deriva de sua especial natureza, garantia essencial de

---

<sup>346</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>347</sup> PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) n° 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1049&from=PT>>. Acesso em 19 out. 2015.

<sup>348</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Convenção sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente**. Disponível em: <<http://www.cada.pt/uploads/d98108f2-3272-3e31.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

integração, cujo efeito útil pressupõe aplicação e interpretação uníssona do direito europeu pelos Estados-Membros.<sup>349</sup>

Necessário ainda ressaltar que a Diretiva Comunitária 95/46/CE<sup>350</sup> é considerada a principal ferramenta da contemporânea legislação da União Europeia em tema de proteção de dados pessoais e foi utilizada com a finalidade de tutelar o direito à proteção de dados e de assegurar a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-membros e outros países. Nesta Diretiva, foram estabelecidos os princípios para a regulação das operações referentes à captação, registro, organização, arquivo, alteração, recuperação, consulta, utilização, difusão ou outra forma de disposição, bloqueio ou supressão incidentes sobre dados pessoais.<sup>351</sup>

O interesse político na preservação da unidade da Comunidade Europeia e a integração econômica e social da região, dentre outros motivos, nortearam a edição da Diretiva, levando em conta, principalmente, a continua ampliação do intercâmbio de dados pessoais e do comércio entre todos os Estados-membros e outros países.

Por último, afigura-se relevante a advertência trazida por Paula Vaz Freire, relacionada aos limites gerais às restrições aos direitos fundamentais, na acepção de que “o princípio da proporcionalidade constitui um dos princípios gerais do direito da União Europeia”. Por essa razão, qualquer medida restritiva das liberdades fundamentais “só será considerada justificada quando se mostrar adequada para garantir a realização do objetivo que prossegue e não ultrapassar o que é necessário para atingir esse objetivo”.<sup>352</sup>

---

<sup>349</sup> FREIRE, Paula Vaz. **Mercado Interno e União Econômica e Monetária: Lições de Direito Econômico da União Europeia**. Lisboa: aafdl, 2013, p. 73-74.

<sup>350</sup> Diretiva Comunitária 95/46/CE. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46\\_part1\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2016.

<sup>351</sup> NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O Direito fundamental à autodeterminação informativa**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

<sup>352</sup> FREIRE, Paula Vaz. **Mercado interno e união econômica e monetária: lições de direito econômico da União Europeia**. Lisboa: aafdl, 2013, p. 97.

## **CAPÍTULO IV – A TENSÃO ABERTA E PERMANENTE ENTRE A DIVULGAÇÃO NOMINAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES ESTATAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE**

Nos dois capítulos anteriores, buscou-se demonstrar a importância dos direitos fundamentais à privacidade e ao acesso à informação, apontando seus conceitos, traços característicos e importância para o cidadão.

Pode-se perceber, assim, que se tratam de direitos da mesma estatura, um com inegável importância para a autodeterminação do cidadão e o outro imprescindível para uma efetiva fiscalização das contas e despesas públicas do Estado.

Contudo, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da publicidade, direcionada à remuneração dos servidores públicos, vem representando uma tensão entre tais direitos fundamentais. Se por um lado o cidadão tem o direito de saber quanto é gasto para remunerar os servidores públicos, estes, que também são cidadãos, fazem jus à proteção de sua privacidade, ainda que em um padrão menos rigoroso, um padrão mínimo.

A tensão aberta a respeito da publicidade de informações remuneratórias de servidores estatais chegou ao Supremo Tribunal Federal, passando a ser a questão mais explanada pelos meios de comunicação social no âmbito do direito à informação. O que estava em discussão era a possibilidade de divulgação pelos órgãos do Estado do valor da remuneração de cada um dos servidores públicos, relacionando-os, nominalmente, aos seus quadros funcionais, dando-se a conhecer o *quantum* remuneratório mensal percebido por cada um deles na rede mundial de computadores, já que a Administração tem a obrigação de divulgar dados de suas despesas.<sup>353</sup>

Desta maneira, qualquer usuário da rede mundial de computadores poderia tomar ciência do valor percebido mensalmente por cada um dos servidores da República, com violação de intimidade da vida privada e ainda com a fragilização de sua segurança pessoal e familiar.

Para a perfeita compreensão dos fatos, destaca-se que a Lei 12.527/11 – LAI, de 18 de novembro, entrou em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação, o que

---

<sup>353</sup> Cfr. Art. 8º, da Lei nº 12.527/2011.

ocorreu em 16 de maio de 2012. O Decreto nº 7.724/12, que a regulamentou, entrou em vigor na mesma data. Assim, tais fatos se deram após a decisão da Suspensão da Segurança nº 3.902 (9.6.2011), objeto de exame abaixo. Registre-se ainda que a orientação contida no Decreto nº 7.724/2012, de 16 de maio, que regulamentou a LAI no âmbito federal, inseriu disposição específica de cunho administrativo, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e determinou a divulgação em seu art. 7º, §3º, de:

(...);

IV - (execução financeira e orçamentária detalhada);

(...);

VI - (remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, *jetons* e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira **individualizada**, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) [grifo acrescido]”.

O Conselho Nacional da Magistratura (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio das Resoluções nº 151/2012<sup>354</sup> e nº 89/2012<sup>355</sup>, interpretando a orientação compreendida no Decreto nº 7.724/2012, determinaram a divulgação **nominal** da remuneração e dos proventos de todos os seus membros, na rede mundial de computadores, o que foi procedido.

#### 4.1. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e suas críticas

O tema envolvendo a presente tensão foi colocado em discussão no Supremo Tribunal Federal, na Suspensão de Segurança nº 3.902-SP, ganhando repercussão geral por meio do Recurso Extraordinário com Agravo, ARE nº 652.777-SP, do STF. A análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal exige a compreensão destes dois julgados, ambos do Estado de São Paulo.

A primeira vez que o Pleno do Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema foi ao analisar agravos regimentais interpostos na Suspensão de Segurança nº 3.902-SP, por meio da qual o Município de São Paulo pretendia extinguir os

<sup>354</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2537>>. Acesso em: 26 out. 2015.

<sup>355</sup> Disponível em: <<http://www.cnmp.gov.br/portal/resolucoes/2283-resolucao-89>>. Acesso em: 26 out. 2015.

efeitos de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça daquele Estado impeditivas da divulgação de remuneração nominal de servidores, em sítio virtual denominado “De Olho nas Contas”.

Ao exame do pedido inicial da Suspensão de Segurança nº 3.902-SP, bem antes da vigência da Lei de Acesso à Informação - LAI, ou seja, em data de 08 de julho de 2009, o Ministro Gilmar Mendes, à época presidente do Supremo Tribunal Federal, deferiu o pedido para suspender as liminares que impediam a publicidade da remuneração bruta mensal de cada servidor municipal nominalmente identificada<sup>356</sup>. Vislumbrou-se, inicialmente, a controvérsia entre o art. 5º, *caput*, e incisos X e XXXIII, art. 6º, *caput* e art. 37, § 3º, inciso II, da CRFB/88, por violação à intimidade e à segurança dos servidores, e, de outro lado, de maneira antagônica, o princípio da publicidade, constante no art. 5º, incisos XIV e XXXIII, no art. 37, *caput* e §3º, II, e no art. 39, §6º, todos da CRFB/88.

Da análise da questão, sobressaíram três aspectos que deveriam ser enfrentados. Estes aspectos consistiam em saber se a divulgação da remuneração bruta mensal vinculada ao nome de cada servidor municipal, em sítio eletrônico na Internet, denominado “De Olho nas Contas”, significava: “(1) a concretização do princípio da publicidade (art. 37, CF/88) e do dever de transparência com os gastos públicos; ou (2) a exposição indevida de um aspecto da vida do servidor público – dado pessoal, protegido pela inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem dos servidores; ou (3) a violação da garantia da segurança da própria sociedade e do Estado – art. 5º, XXXIII, CF/88 (sociedade, no caso, constituída pelos servidores públicos municipais e por aqueles que deles dependem)”<sup>357</sup>.

Enfrentando as questões, o Ministro Gilmar Mendes argumentou sobre a importância do papel social da transparência e sua conexão com o princípio democrático, devendo ela refletir informações úteis, vedando-se que seja deturpada e transformada em meio inútil e sem relevância que desvirtue informes e dados públicos em favor de uma devassa, uma curiosidade ou de uma exposição ilícita de dados pessoais, por mero deleite de quem a acessa.

Reconheceu-se ainda que a remuneração bruta mensal dos servidores públicos está alicerçada no princípio da legalidade estrita e, cuidando-se de gasto público, deve guardar

---

<sup>356</sup> Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SS%24%2ESCLA%2E+E+3902%2ENUM%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/bgqg94p>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

<sup>357</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 3.902-AgR**, Rel. Min. Ayres Brito, Pleno, j. 09.06.2011, decisão monocrática.

correlação com a previsão legal, com o teto remuneratório do serviço público e metas de responsabilidade fiscal.<sup>358</sup>

Entretanto, bem enfatizou o Ministro Gilmar Mendes que o cerne da questão estaria na forma pela qual a Administração decide divulgar determinadas informações, o que pode gerar maior confusão ou indeterminação, como se dá com a divulgação de informações em planilhas de demonstração de gastos mensais, devendo, portanto, tal divulgação se primar pela maior exatidão e transparência, colocadas em justaposição, sem que com isso se mesclassem informações públicas e privadas.<sup>359</sup>

Por fim, argumentou o Ministro que uma solução hipoteticamente viável para a Administração, na busca de soluções alternativas ou intermediárias para a questão da divulgação de dados que atendam à transparência e busquem a preservação da privacidade e segurança dos servidores e suas famílias, seria a substituição do nome do servidor por sua matrícula funcional.

Entretanto, tal solução não estava abrangida pelo alcance dos limites de conhecimento da ação proposta, o que impossibilitou sua aplicação. Assim, entendendo que as decisões impugnadas geravam grave lesão à ordem pública, o Ministro Gilmar Mendes deferiu, em decisão monocrática, o pedido formulado pelo Município de São Paulo, determinando a suspensão da execução das decisões liminares, proferidas nos autos de dois mandados de segurança em trâmite no Tribunal de Justiça de São Paulo. Permitiu-se, dessa maneira, que o Município de São Paulo continuasse a divulgar a lista nominal contendo o nome e a remuneração de seus servidores.

Apesar do deferimento monocrático da Suspensão da Segurança, reconheceu o Ministro Gilmar Mendes a possibilidade de a Administração adotar uma solução aprimorada, harmonizante, vez que:

(...) novas soluções propostas à Administração são sempre viáveis para aperfeiçoar a divulgação de dados que privilegiem a transparência e busquem preservar, ao mesmo tempo, a intimidade, a honra, a vida privada, a imagem e a segurança dos servidores (e daqueles que dele dependem).<sup>360</sup>

Logo após o deferimento da liminar e a divulgação das informações administrativas dos servidores em rede mundial de computadores, inúmeras associações de servidores

---

<sup>358</sup> Texto ajustado, mas reproduzindo, quase na íntegra, o original (STF. SS nº 3.902-AgR, Rel. Min. Ayres Brito, Pleno, j. 09.06.2011, decisão monocrática).

<sup>359</sup> Texto ajustado, mas reproduzindo, quase na íntegra, o original (STF. SS nº 3.902-AgR, Rel. Min. Ayres Brito, Pleno, j. 09.06.2011, decisão monocrática).

<sup>360</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 3.902-AgR**, Rel. Min. Ayres Brito, Pleno, j. 09.06.2011, decisão monocrática.

interpuseram agravos regimentais, visando a reforma da decisão monocrática, razão pela qual a análise da questão foi levada ao Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Lamentavelmente, no julgamento destes agravos, em 9 de junho de 2011, o colegiado do Supremo Tribunal Federal não fez qualquer menção à solução harmonizante sugerida à Administração anteriormente pelo Ministro Gilmar Mendes. Perdeu-se, assim, excelente oportunidade para se encontrar o caminho da unidade da Constituição. Grande importância seria reconhecida ao princípio da concordância prática (harmonização), reafirmando-se ainda a intangibilidade do núcleo essencial do direito fundamental à intimidade e à vida privada, com o reconhecimento de um mínimo de privacidade àqueles que dedicam suas vidas à prestação do serviço público à sociedade brasileira.

O Ministro-relator Ayres Brito, em seu voto, entendeu estar diante de um conflito aparente de normas constitucionais. Não admitiu cuidar-se de violação à intimidade ou à privacidade, pois a remuneração bruta dos servidores consistia em informação de interesse coletivo ou geral, conforme argumentou. O conflito aparente estaria ligado à publicidade administrativa, representante dos valores da república relacionados à transparência, controle de gastos públicos, em contraste com o direito fundamental à intimidade da vida privada, que ficaria agravado, em se tratando de informações divulgadas pela rede mundial de computadores. Desta maneira, não se admitiu a existência de conflito, entendendo o Ministro Ayres Brito que as informações sobre a remuneração dos servidores não são dados privados, sujeitando-se, assim, à divulgação, dizendo mais tratar-se de “preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano”.<sup>361</sup>

Já o Ministro Luiz Fux, ao votar, entendeu que o único ponto que poderia ser sensível se referia ao argumento de que a divulgação dos vencimentos poderia fragilizar a proteção da pessoa, mas cuidava-se de argumento falacioso, em seu entender, pois as pessoas levam vida compatível com a remuneração percebida, revelando riqueza aparente, nada havendo a ser escondido.

A decisão do colegiado do Supremo Tribunal Federal, na Suspensão da Segurança nº 3.902-AgR/SP<sup>362</sup>, cuja relatoria coube ao Min. Ayres de Brito, recebeu a seguinte ementa:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES

<sup>361</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 3.902-AgR**, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, j. 09.06.2011, julgamento colegiado.

<sup>362</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628198>>. Acesso em: 18 out. 2015.

FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informações de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objetos da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais “agindo nesta qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado Brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos.

Assevera-se que, passando a ser tratada como um apropriado *leading case*, a decisão serviu de embasamento para inúmeras outras decisões.

Reconheceu-se, assim, a importância da transparência dos atos administrativos quanto aos gastos públicos, consignando-se relevante valor aos limites do dever de transparência da Administração na incidência dos dados públicos no âmbito de proteção das informações de cunho pessoal, dispostas no art. 31, da Lei nº 12.527/11.

É certo reconhecer e elogiar a busca de um paradigma que atrele a necessidade da publicização dos atos administrativos com o primado de maior exatidão e transparência das informações administrativas, colocadas em justaposição.

A decisão possui valor destacado, propiciando uma nova visão ao direito de acesso à informação e a publicização dos dados públicos, sendo certo que o direito de informação e o



dever de transparência doravante constituem uma nova orientação a ser aperfeiçoada pelos órgãos públicos.

No entanto, crítica deve ser feita à atuação do Supremo Tribunal Federal.

Sabe-se que a Suspensão de Segurança é incidente processual que, atuando com função de contracautela, busca retirar a eficácia de determinados provimentos judiciais.<sup>363</sup>

Previsto nas Leis nºs 12.016/09, 7.347/85, 8.437/92, 9.494/97 e 9.507/97, o pedido de Suspensão de Segurança tem cabimento em diversas situações, funcionando como instrumento apto a suspender liminares, sentenças, acórdãos, cautelares e tutelas antecipadas.<sup>364</sup>

A criação do pedido de suspensão de segurança se deu como instituto análogo ao mandado de segurança que, por sua vez, originou-se da evolução doutrinária brasileira do *habeas corpus*.

Destinado pela Constituição brasileira de 1934 a coibir ilegalidades provenientes do Poder Público que lesassem direito certo e incontestável do impetrante, o mandado de segurança previa, em sua Lei nº 191, de 16.01.1936, um procedimento célere em seu trâmite que garantia a abstenção de atos abusivos do poder público. Assim, garantia-se ao cidadão que possuísse direito certo e incontestável negado por qualquer autoridade o Mandado de Segurança, com processamento igual ao *habeas corpus*.

Dotado de *status* de direito individual, a ação constitucional do mandado de segurança com previsão atual na CRFB/88, em seu art. 5º, LXIX, destina-se a acudir aqueles que possuem direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. A autoexecutoriedade imediata lhe é conferida pela lei, independentemente do trânsito em julgado.

A Suspensão de Segurança foi idealizada no desiderato de tutelar interesses superiores da pessoa jurídica de direito público e demais legitimados. Nos termos do artigo 15, da Lei nº 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança), a Suspensão da Segurança busca evitar “grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas”.

---

<sup>363</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 531.

<sup>364</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 529.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o mérito do pedido da Suspensão não se confunde com o mérito da ação que lhe deu causa.

Isso porque o órgão julgador do pedido de suspensão deve analisar apenas se há violação a um dos interesses previstos nas hipóteses de cabimento, que são, como já visto, grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Não há, assim, análise sobre o mérito do processo principal.<sup>365</sup>

Daí não ser admitido o seu emprego como simples mecanismo processual de vereda para modificar decisão desfavorável ao ente público.<sup>366</sup>

Contudo, na Suspensão de Segurança nº 3.902, ao tratar da divulgação da remuneração dos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal extrapolou o pedido (suspensão da segurança em face da existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas), emitindo juízo de valor sobre o mérito do processo principal (compatibilidade ou não da divulgação da remuneração do servidor com a Constituição).

Ora, na via eleita devem ser afastadas as questões alusivas ao mérito da ação principal, pois o incidente não tem natureza recursal, e deve ser manejado apenas para suspender a eficácia de provimento judicial lesivo ao interesse público, sendo de todo impertinente veicular por meio dele qualquer espécie de discussão acerca das questões de mérito discutidas na demanda.

Ainda que incabível o exame de questões de fundo, somente um mínimo de delibação do mérito é admitido, pois cuida-se de contracautela, vinculada aos pressupostos da plausibilidade jurídica e do perigo da demora, exigido para a concessão das liminares.<sup>367</sup>

Por outro lado, relembre-se que na Suspensão de Segurança nº 3.902, a decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal foi proferida pelo Plenário em 09 de junho de 2011, ou seja, bem anterior à vigência da Lei nº 12.527/2011 – LAI, que ocorreu com a sua regulamentação pelo Decreto nº 7.724, em 16 de maio de 2012.

Após o desenrolar da Suspensão de Segurança analisada acima, o Supremo teve nova oportunidade de analisar a temática envolvendo a exposição da remuneração dos servidores,

---

<sup>365</sup> Nesse sentido decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal, nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada nº 773, AgR/SP; Suspensão de Liminar nº 836 AGR/AM; e Suspensão de Segurança nº 5026 AGR/PE.

<sup>366</sup> Neste sentido ainda: Superior Tribunal de Justiça - AgRg na SS: 1275 PE 2003/0198703-7, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 04/02/2004, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJ 29.03.2004 p. 163.

<sup>367</sup> TOMBINI, Carla Fernanda Leão Barcellos. **Suspensão de segurança na visão dos tribunais superiores**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 23 e 89.

dessa vez por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 652.777, que teve repercussão geral reconhecida. Porém, a discussão poderia ganhar novos contornos pelo e. STF, tendo em vista que os componentes daquela Corte decidiram reconhecer a repercussão geral da controvérsia, mas **não reafirmar a jurisprudência dominante sobre a matéria**, em face dos múltiplos recursos extraordinários que deveriam receber novo exame, doravante sob a égide da Lei nº 12.527/11 – LAI.

Confira-se a ementa da decisão:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIVULGAÇÃO EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS A SERVIDORES PÚBLICOS. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDORES PÚBLICOS. Possui repercussão geral a questão constitucional atinente à divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações alusivas a servidores públicos. O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, mas no mérito, **não reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, que será submetida a posterior julgamento.** ” (ARE 652777 RG, Relator (a) Min. Ayres Britto, julgado em 29.09.2011, acórdão eletrônico DJe-071 divulg. 11.04.2012 public. 12.04.2012).<sup>368</sup> (destaque nosso).

Este Recurso Extraordinário possui grande importância, pois a partir dele o Supremo Tribunal Federal fixou sua tese a ser aplicada aos demais casos envolvendo o tema.

Cuidou-se de ação ajuizada por servidora pública municipal, objetivando a retirada de seu nome do sítio eletrônico do Município de São Paulo, bem como a compensação dos danos morais pleiteados. A decisão de primeiro grau de improcedência foi parcialmente reformada pelo Colégio Recursal Central dos Juizados Especiais, apenas para determinar a exclusão do nome da autora e da respectiva vinculação aos seus vencimentos do sítio eletrônico denominado “De Olho nas Contas”.

Contra a decisão de reforma, o Município de São Paulo interpôs recurso extraordinário. Diante da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a matéria debatida nos autos foi registrada como o Tema 483: “Responsabilidade civil do Estado por dano moral decorrente de publicação da remuneração de servidor público em site na internet”.

No julgamento deste Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo seu provimento, desconstituindo a decisão do Colégio Recursal de São Paulo que havia determinado a retirada do nome da servidora do sítio eletrônico. Ao julgar o recurso, fixou-se a tese de que é legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela

---

<sup>368</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1902861>>. Acesso em: 26 out. 2015.

Administração Pública, dos nomes de seus servidores, nos termos do voto do Relator, Ministro Teori Zavascki, como se vê adiante:

Tema 483 – DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS A SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE SEUS NOMES E CORRESPONDENTES REMUNERAÇÕES. Relator Min. Teori Zavascki. Leading case: ARE 652.777.

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, XIV e XXXIII; 31, §3º; 37, caput e §3º, II; 39, §6º; e 163, V, da Constituição Federal, a legitimidade da publicação de informações referentes a servidores públicos, inclusive seus nomes e respectivas remunerações, em site oficial da Internet, considerando-se os princípios da publicidade e da transparência, bem como os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada.

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 483 da repercussão geral, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário, fixando-se a tese de que é legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, o Ministro Roberto Barroso, que representa o Tribunal na "Brazil Conference", na Universidade de Harvard, e na "Brazilian Undergraduate Student Conference", na Universidade de Columbia, Estados Unidos, e, neste julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo recorrente Município de São Paulo, a Dra. Simone Andréa Barcelos Coutinho, Procuradora do Município de São Paulo, OAB/SP 117181. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 23.04.2015. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 01/07/2015 - ATA Nº 100/2015. DJE nº 128, divulgado em 30/06/2015.<sup>369</sup>

Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter fixado sua tese sobre o tema, o seu posicionamento não está imune a críticas.

Merece apropriada reflexão não ter havido no julgamento colegiado da Suspensão da Segurança pelo STF, lamentavelmente, qualquer menção à solução harmonizante sugerida à Administração pelo Ministro Gilmar Mendes, em sede de exame monocrático.

Perdeu-se boa oportunidade para se encontrar o caminho da unidade da Constituição, com a satisfação plena ao postulado da concordância prática (harmonização), reafirmando-se, ainda, necessariamente, a intangibilidade do núcleo essencial do direito fundamental à intimidade e à vida privada e com o reconhecimento de um mínimo de privacidade àqueles que se dedicam suas vidas à prestação do serviço público à sociedade brasileira.

Nem tampouco ocorreu novo exame da matéria no Tema da Repercussão Geral nº 483, sob a égide da Lei nº 12.527/11 – LAI. Redobrado lamento!

É de se lembrar que a dignidade da pessoa humana não é direito concedido pelo ordenamento, mas atributo inerente a todo ser humano, que tem de ser respeitado como

---

<sup>369</sup> Tema 483 – Repercussão Geral. Divulgação de informações de remuneração de servidor. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4121428&numeroProcesso=652777&classeProcesso=ARE&numeroTema=483#>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

pessoa, ou seja, como um fim em si mesmo, o que impede qualquer tratamento como objeto, instrumento ou simples meio para alcance de determinados objetivos estatais.

O princípio da concordância prática, como consequência do princípio da unidade da Constituição, baseia-se na ideia de que, havendo colisão de bens protegidos constitucionalmente, deve-se favorecer decisões em conformidade com a possibilidade de equilíbrio que os garanta. Assim, as normas constitucionais devem ser interpretadas em uma unidade.

Os poderes públicos, ao concretizarem as disposições constitucionais, devem buscar harmonização e alcançar uma realização “ótima” entre os bens protegidos constitucionalmente, no escopo de evitar o aniquilamento de um dos direitos ou bens em colisão. Obviamente, as normas devem ser interpretadas de modo a evitar contradições entre elas. Konrad Hesse sustenta que, na tentativa de solução de problemas jurídicos, os bens constitucionalmente protegidos devem ser conformados uns com os outros, de tal forma que todos ganhem realidade. Em havendo colisões, não se pode, mediante uma precipitada ponderação de bens ou abstrata ponderação de valores, realizar um bem constitucionalmente protegido à custa do outro.<sup>370</sup>

Néviton Guedes, citando Ingo von Münch, afirma que no Tribunal Constitucional alemão tornou-se marcante a tendência de resolver as colisões de direitos fundamentais pela ponderação de bens no caso concreto. Mas a solução para compreensão do método adotado pelo Tribunal alemão não se encontra sempre no deslocamento ou afastamento de um dos direitos envolvidos, mas num confronto e comparação dos direitos fundamentais colidentes, tratando-os como princípios. Busca-se, desta maneira, um ponto de possível equilíbrio e ajuste entre os bens. Entretanto, não sendo tal situação possível, procede-se à ponderação de bens, com a decisão sobre qual dos interesses há ser de afastado, levando em consideração as nuances do caso concreto.

Dessa maneira, na tentativa de confrontação de princípios, deve-se considerar a orientação de que a comparação feita deve ser cuidadosa e moderada, pois o princípio da unidade da constituição faz com que ambos os princípios colidentes envolvidos, cedendo mutuamente, possam chegar a uma efetivação ótima. Menciona ainda Néviton Guedes que Alexy não discorda das advertências de Konrad Hesse quanto à inadequação de uma ponderação **precipitada** ou **abstrata**, uma vez que o modelo de ponderação de Alexy se

---

<sup>370</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 66.

verifica em procedimento que, além de não ser precipitado, uma vez que impõe a análise de todas as circunstâncias pertinentes aos fatos, mostra-se também não abstrato, pois operacionaliza-se a partir da análise de um caso concreto.<sup>371</sup>

O Ministro Gilmar Mendes, na Suspensão da Segurança, sabiamente, admitiu uma solução hipoteticamente viável para a Administração, na busca de soluções alternativas ou intermediárias para a questão da divulgação de dados, que atendam a transparência e busquem a preservação da privacidade e segurança dos servidores e de suas famílias. De tal modo, era perfeitamente cabível na decisão colegiada a adoção da solução proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, visando a compatibilização e otimização dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

#### 4.1.1. Quando a interpretação constitucional se torna ofensa ao núcleo essencial dos direitos fundamentais

Considerando os conteúdos já visitados em relação aos direitos fundamentais e à necessidade de compatibilização entre princípios constitucionais em conflito, as decisões do Supremo Tribunal Federal analisadas no tópico anterior causam inquietações. Ora, se havia a possibilidade de se adotar uma postura harmonizante entre a privacidade do servidor e o direito geral à informação, por qual razão se optou por uma decisão aniquiladora da privacidade?

Vale lembrar que a concepção moderna dos direitos fundamentais é fruto de uma construção histórica associada à ideia de limitação do poder estatal. Os direitos fundamentais constituem o núcleo mínimo e indevassável de qualquer ordenamento jurídico dotado de inegável conteúdo ético, constituindo valor básico para a vida em sociedade.

A garantia do núcleo essencial protege os direitos fundamentais contra o esgotamento de seu conteúdo essencial e essa proteção do núcleo essencial constitui postulado constitucional

---

<sup>371</sup> GUEDES, Néviton. **Princípio da concordância não contraria ponderação de bens**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-14/constituicao-poder-principio-concordancia-nao-contraria-ponderacao-bens>> Acesso em: 10 nov. 2015.

imane, destinado a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito em face de eventuais restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.<sup>372</sup>

Na lição de Gilmar Mendes, para os seguidores da teoria absoluta, o núcleo essencial dos direitos fundamentais seria uma unidade substancial autônoma, que estaria a salvo de eventuais decisões legislativas. Nesta unidade, haveria um espaço interior que seria suscetível de limitação por parte do legislador e outro insuscetível de limitação, segundo a interpretação da teoria. Assim, além da exigência de justificação para qualquer hipótese, haveria um “limite do limite” para a ação legislativa, traduzido na identificação deste espaço insuscetível de regulação. Para os seguidores da teoria relativa, entende-se que o núcleo essencial há de ser identificado em cada caso concreto, mediante utilização da técnica de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade.

Desta maneira, para o autor, o núcleo seria aferido em seu mínimo e seria insuscetível de restrição. Mas ambas teorias possuem fragilidades. Na teoria absoluta, corre-se o risco de não se identificar o núcleo, diante de dificuldade de caracterizar a existência deste mínimo essencial, dada a sua natureza abstrata, podendo ensejar o sacrifício do objeto que se pretende proteger. Assim, podem surgir embaraços teóricos e práticos na proteção ao núcleo essencial de difícil identificação. Na teoria relativa, pode-se atribuir uma flexibilidade descomedida ao estatuto dos direitos fundamentais, “o que acaba por descaracterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional”. Em razão disso, Konrad Hesse propõe uma medida conciliadora, que vê no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Essa proporcionalidade não deve ser interpretada no sentido de adequação da medida ao fim almejado, mas deverá zelar também pela harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida.<sup>373</sup> Assim, duas teorias procuram definir o núcleo essencial de um direito fundamental. Mas observa Ingo Wolfgang Sarlet que o objetivo comum de ambas as teorias, mesmo por caminhos diferentes, é a garantia de uma maior proteção dos direitos fundamentais.<sup>374</sup>

---

<sup>372</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília, 2001. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, p. 104.

<sup>373</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 212.

<sup>374</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 421.

A Constituição brasileira não previu como se proceder à restrição de direitos fundamentais. Não existe ainda qualquer menção ao devido respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais na Constituição brasileira.

Conforme já mencionado, o “limite dos limites” está sendo identificado pelo princípio da legalidade (art. 5º, II, da CRFB/88); pela proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; pelo princípio da proporcionalidade (com fundamento no princípio do devido processo legal, na sua dimensão substantiva, tal como decorre do art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88) e a proibição de restrições casuísticas (com fundamento no princípio da igualdade).<sup>375</sup> Mas surgem dificuldades em face de ausência de uma norma geral sobre restrições e qualquer menção de respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, competindo à jurisprudência constitucional a possibilidade de reconhecimento da existência de uma reserva geral de ponderação, com fundamento no art. 5º, incisos II e LIV, da CRFB/88.

Para Eduardo Rocha Dias, não se mostra adequado evocar o acatamento e respeito ao núcleo essencial do direito fundamental, pois sequer previsto na Carta Maior brasileira. Ele defende a ideia de que, para a restrição de direitos fundamentais não dotados de uma reserva de intervenção, deveriam ser observados os princípios da reserva legal, da proporcionalidade e da igualdade. Se adotada a teoria relativa da defesa do núcleo essencial, dificilmente ela se distinguiria do princípio da proporcionalidade, da proibição do excesso e da ponderação. Se adotada a teoria absoluta, tal situação levaria a tentativa pouco consistente de identificação de um núcleo irreduzível de proteção, aproximando-se do princípio da igualdade ou da dignidade da pessoa humana.<sup>376</sup>

É fato que a jurisprudência constitucional tem-se voltado para o tema, revelando grande preocupação.

A doutrina e jurisprudência constitucionais brasileiras têm aceitado, frequentemente, a existência de uma inviolabilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, como última esfera de proteção dos direitos fundamentais, protegendo-o de qualquer atuação tendente a comprometer sua essência.

---

<sup>375</sup> DIAS, Eduardo Rocha. **Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/584644>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

<sup>376</sup> DIAS, Eduardo Rocha. **Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/584644>>. Acesso em: 10 nov. 2015.



Na conhecida Representação número 930, o Ministro Rodrigues Alckmin, mencionando a liberdade de conformação do legislador na regulamentação do exercício de profissão, mostrou sua apreensão com a questão:

(...) quais os limites a que a lei ordinária tem de ater-se, ao indicar as ‘condições de capacidade’. E quais excessos que, decorrentes direta ou indiretamente das leis ordinárias, desatendem à garantia constitucional.

Lembrou também o Ministro Rodrigues Alckmin que a restrição não pode ser criada ao livre talante do legislador, sob risco de configurar-se uma inutilidade a existência do direito fundamental em exame.

O Ministro Celso de Mello também, na mesma seara, demonstrou a sua inquietação e preocupação no julgamento da ADI 3.540-MC<sup>377</sup>:

(...) quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais.

Fazendo alusão ao Habeas Corpus nº 82.959, afirma o Ministro Gilmar Mendes que o STF entendeu que a “imposição de regime integralmente fechado para o cumprimento de condenação nos crimes hediondos configuraria lesão ao princípio do núcleo essencial”.<sup>378</sup> Na espécie, facilmente é percebido que, sem permitir que se leve em conta as circunstâncias pessoais de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços do Estado com sua ressocialização, retira-se qualquer perspectiva de individualização da pena. Dessa maneira, afrontar-se-ia a proteção do núcleo essencial, pois restaria descaracterizada a garantia fundamental de individualização da pena.

A pena do regime integralmente fechado passaria a ser uma delegação em branco oferecida pelo legislador, descaracterizando-se, por completo, a garantia constitucional de individualização da pena do condenado, independentemente da doutrina que se pretenda adotar na espécie (absoluta ou relativa).<sup>379</sup>

A definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais pelas teorias já existentes representa importante diretiva a ser seguida pela jurisprudência e doutrina constitucionais brasileiras, à mingua de uma teoria nacional própria. O objetivo maior desta diretiva é sempre evitar desrespeitos, ocasionalmente tentados por aqueles a quem foi confiado o poder de conformação da Constituição. Muito embora hesitante algum critério para determinação de

---

<sup>377</sup> Julgamento em 1º.09.05, Plenário, DJ de 3-2.06.

<sup>378</sup> DJ de 5-8-2005.

<sup>379</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 214.

seu conteúdo ou o seu valor, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais não pode ser recepcionado por uma perspectiva reducionista, que o considere apenas como limite do poder do Estado. Ao contrário, deve servir como diretiva edificante de sua atuação e esta dimensão deverá fortalecer a garantia do conteúdo essencial. Essa garantia não deve representar barreira à ação legislativa, mas ação propulsora de um real mandato para o pleno incremento dos direitos fundamentais.

Compete, assim, ao Judiciário observar as ponderações realizadas pelo legislador e pela Administração, à luz dos direitos fundamentais, pois estes direitos constituem o padrão de aferição da respectiva constitucionalidade. Assim, a atuação do Judiciário só é legítima enquanto puder fundar-se em parâmetros jurídicos do Estado Constitucional. Esta atuação não deve ser usada como alternativa política ao legislador, pois, assim, violaria a repartição constitucional de competências. Ela deve manifestar-se como controle dos limites e requisitos que a própria Carta Maior impõe ao legislador.<sup>380</sup>

#### **4.2. A divulgação nominal de salários como prática violadora de Direitos Fundamentais**

A dignidade da pessoa humana como princípio fundante do Estado Democrático de Direito impõe a observância do respeito à esfera individual do cidadão à sociedade e ao Estado, bem como à sua não violação. Irrelevante se mostra o fato de ser o cidadão integrante de um determinado grupo de servidores públicos ou outra classe social, vez que a dignidade é um valor intrínseco a todo ser humano.

Por outro lado, o direito à privacidade encontra-se disposto no art. 5º, X, da CRFB/88, e incluem-se neste direito fundamental os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, direitos distintos e individualmente considerados. Além da proteção constitucional, por ser um direito fundamental, o direito à privacidade desfruta ainda de proteção infraconstitucional, visto que este é igualmente um dos direitos da personalidade constantes do Código Civil brasileiro de 2002, em seus artigos 11 a 21. O direito à intimidade é

---

<sup>380</sup> DIAS, Eduardo Rocha. **Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/584644>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

considerado como uma esfera mais circunscrita do que o direito à vida privada. O direito à intimidade pode ser considerado como o reservado do ser humano, particularidades do próprio ser isolado. O direito à intimidade pode ser notado no fato de a pessoa não noticiar o próprio salário de sua subsistência, cuidando-se de questão cultural, não só no Brasil como em todo o mundo. A questão está inserida no contexto da vida íntima das pessoas e até mesmo entre os familiares. Indagar sobre remuneração alheia sempre foi considerado antiético.

No que diz respeito à violação do direito mencionado, ela pode ser mais bem notada por meio da rede mundial de computadores, com a divulgação pública de todos os vencimentos dos servidores da República. Vislumbra-se tratar-se de dois direitos constitucionalmente protegidos e que se apresentam em colisão. De um lado tem-se o direito à intimidade da vida privada, onde o indivíduo frui de inteira proteção no seu direito, sem que terceiros possam interferir de forma a não o constranger. De outro, o direito à informação administrativa, que da mesma forma é garantido constitucionalmente. Não se pode questionar a importância da publicidade e da transparência para o acompanhamento e controle dos gastos públicos.

No entanto, isto não quer dizer que a liberdade de informação deva ser utilizada de forma ilimitada. Ocorrendo tais conflitos entre direitos fundamentais aplicar-se-á o juízo de ponderação, quando da análise do caso em concreto, uma vez que não há hierarquia entre os princípios fundamentais e estes não se apresentam de forma absoluta. Assim, ora haverá preponderância de um princípio em detrimento do outro e vice-versa.

O e. Supremo Tribunal Federal vem impondo desnecessário constrangimento a todos os servidores da República, determinando a divulgação do valor da remuneração de cada um deles, ligando-os, nominalmente, aos seus quadros funcionais, dando-se a conhecer o *quantum* remuneratório mensal percebido, pela rede mundial de computadores, quando há outras formas de fazê-lo, sem a exposição do servidor. A e. Corte o faz, sem ao menos reconhecer o conflito existentes entre os direitos fundamentais envolvidos, não procedendo, portanto, a qualquer ponderação de bens ou valores.

#### 4.2.1. A remuneração do cargo e o sigilo fiscal

Juliano Heinen, ao abordar a questão decidida pelo e. STF, admite uma outra análise jurídico-científica, despojada de paixão ou ideologia.

No seu entender, a questão de fundo e premente é saber se a remuneração do servidor refere-se ao cargo ou ao agente público, e se ela é fixada em função de um ou de outro. De tal modo, nos termos do art. 37, inciso X, da CRFB/88, verifica-se que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º, do art. 39, somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observando-se na fixação dos padrões de vencimento a natureza, o grau de responsabilidade, a complexidade dos cargos componentes de cada carreira, bem como os requisitos para investidura e as peculiaridades do cargo.

Assim, para o autor, a remuneração é a do cargo e o padrão de vencimento é o do cargo e somente deste modo pode ser divulgado. De nada interessa saber quem o desempenha. A remuneração é relacionada ao desempenho do servidor na função pública e não à pessoa física que titula o cargo ou a função. Assim, é o vencimento do cargo ou da função que deve ser alvo da transparência e publicidade e não quanto percebe mensalmente determinada pessoa. A função ou cargo administrativo estão atrelados a uma determinada competência estatal definida por lei e não a uma nominada pessoa. Dessa maneira, chega-se à conclusão de que a remuneração da função ou do cargo é que deve ser alvo de publicização e transparência e não da pessoa física investida nele.

Mesmo superado o argumento, segundo o autor, há que se saber ainda se o vencimento, que é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei, nos termos do art. 40, da Lei nº 8.112/90, é informação administrativa e estaria contemplada nos limites do art. 31, da LAI, ou seja, como informação de caráter pessoal, e de tal maneira vinculada ao nome do funcionário. Não se pode esquecer, outrossim, que o valor da remuneração é fixado por lei, atendendo-se a um padrão remuneratório pelo exercício de especificada função pública. Muito embora possa ser superada tal expectativa, entendendo-se que a remuneração esteja ligada ao agente e não ao cargo ou função, há que se admitir que a divulgação dos valores apresentaria um insuperável obstáculo. Ou seja, a impossibilidade de publicidade de dados pessoais que comprometam a intimidade ou a vida privada da pessoa, nos termos do art. 31, da LAI e art. 5º, inciso X, da CRFB/88. Considere-se, pois, que a renda

de uma pessoa seja parte de uma dimensão do ser humano abrangida pelo sigilo, porque é correlata, na sua essência, ao direito de personalidade. Assim, a renda de qualquer pessoa estaria protegida pelo sigilo fiscal. No mesmo limite de raciocínio, argumenta-se que o Poder Judiciário não permitiu divulgação de lista nominal de devedores de tributos.<sup>381</sup> Em tal perspectiva, acobertar sigilo a tais informes equivaleria a uma decisão em igual sentido, correlata aos vencimentos dos servidores públicos, pois ambos os informes tratam do mesmo objeto: despesas e receitas públicas. Conclui-se, então, que a divulgação nominal de remuneração dos servidores públicos não se norteia pela transparência, mas invade uma das maiores dimensões do direito de personalidade: o nome do servidor. Tomar ciência da remuneração de um trabalhador da atividade privada é tão sigiloso quanto saber da remuneração de um servidor público, pois o conhecimento dos valores para manutenção, subsistência, sobrevivência de uma pessoa fica inserido nas informações íntimas dos indivíduos, seja quem ele for. Portanto, mostra-se impossível a revelação de qualquer informe, senão com anuência da pessoa a quem os dados pertencem. A publicidade dos vencimentos, ainda que atrelada ao cargo, cumpre a finalidade de se dar a transparência às despesas dessa natureza, não se impondo a publicização da remuneração dos agentes estatais de forma nominal, porque violaria o direito constitucional à intimidade e ao sigilo fiscal, afrontando o direito de personalidade. Desta maneira, não pode ser confundido o interesse público com o interesse do público.<sup>382</sup>

---

<sup>381</sup> APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. GARANTIAS, PRIVILÉGIOS E PREFERÊNCIAS. INCLUSÃO DO NOME DO SUJEITO PASSIVO EM LISTA DE DEVEDORES E PUBLICAÇÃO DA LISTA PELO ESTADO. DESCABIMENTO. O crédito tributário dispõe de inúmeras garantias, privilégios e preferências previstos em lei, dos quais a Fazenda Pública não pode abrir mão (art. 141 do CTN). Por isso, afigura-se inadmissível o protesto da certidão de dívida ativa ou a adoção de outras medidas tendentes a constranger o sujeito passivo sem possibilidade de defesa. Precedentes do STJ e do TJRS. Nesse contexto, a publicação da lista dos devedores por parte do Poder Público tem a única e exclusiva finalidade de constranger moral e politicamente os devedores sem utilizar-se dos meios constitucionais adequados do contraditório e da ampla defesa. Ademais, não há cogitar de aplicação do princípio da publicidade e transparência, pois a lista não consagra a situação de tais débitos e muito menos as medidas jurídicas e judiciais que foram tomadas para a pronta cobrança. A publicidade ou até mesmo a inscrição do nome do devedor nos chamados órgãos de proteção ao crédito não é meio de cobrança de dívida, para o que existe o devido processo legal, ao qual têm de se submeter todos aqueles que possuem valores a receber de outrem, não se justificando que apenas alguns credores tenham o privilégio de constranger seus devedores sem se submeter ao devido processo legal, em especial quando se trata de credor que já possui privilégios especiais (arts. 186 e 187 do CTN). A publicação somente acarreta prejuízos ao devedor e não traz nenhuma vantagem para o credor, não passando por isso de constrangimento ilegal que não se justifica. APELO DESPROVIDO, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME. (TJRS - AC e RN n. 70015320831, Segunda Câmara Cível. Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 11/10/2006, Publ. DJSC, 20.01.2015, p.262).

<sup>382</sup> HEINEN, Juliano. **Comentário à lei de acesso à informação: lei nº 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 79-81.

Deste modo, defende-se que é perfeitamente aceitável a análise do autor, pois a questão decisiva é saber se a remuneração do servidor se refere ao cargo ou ao agente público para fins de divulgação. Como cediço, a remuneração é criada e alterada por lei, observando-se, na fixação dos padrões de vencimento, a natureza, o grau de responsabilidade, a complexidade dos cargos componentes de cada carreira. Encontra-se a remuneração relacionada ao desempenho do servidor na função pública, e esta função atrelada a uma determinada competência estatal definida por lei. Defende-se, pois, que a remuneração do servidor é atrelada ao cargo ou função e não à pessoa titularizada naquele cargo ou função. Desta maneira a remuneração do cargo ou função é que deve ser divulgada.

Compreende-se que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação. Mas o que se defende é o correto meio de fazê-lo. Na verdade, a divulgação nominal da remuneração não é eficaz, pois a divulgação apenas do nome do servidor impossibilita o conhecimento de sua situação funcional, como, por exemplo, promoções, cursos realizados, enquadramentos, tempo de serviço público, adicionais especiais e outros. Na ausência de um maior detalhamento da carreira funcional do servidor, a divulgação de sua remuneração nominal somente servirá de exposição desnecessária, saciando a curiosidade bisbilhoteira sobre seus rendimentos. É preciso ressaltar que o nome do servidor em nada contribuirá para a concretização dos ideários publicísticos da República, se o objetivo perseguido for somente dar publicidade às despesas administrativas. Se constar ainda do objetivo o fornecimento de informações administrativas sobre desvios ou irregularidades quanto aos pagamentos efetivados aos servidores, deve-se disponibilizar informações sobre carreira funcional dos servidores. A forma da divulgação determinada na decisão de mérito pelo e. STF somente serve para saciar a curiosidade bisbilhoteira coletiva, atingindo o direito fundamental à intimidade e privacidade do servidor. Por outro lado, se os administrados obtiverem informações funcionais relevantes, poderão exercer um melhor controle e acompanhamento das despesas públicas. Nesse caso, a identificação nominal dos servidores não será relevante.

No que se refere ao sigilo fiscal do contribuinte, este é inviolável, constituindo um direito fundamental, ressalva feita somente nas hipóteses de requisição judicial, requisição do Ministério Público e permuta de informações entre as Fazendas Públicas da União, Estados e dos Municípios, ou entre áreas orgânicas da própria estrutura da Administração Pública Municipal, em exclusivo interesse do serviço público. Desta maneira, a salvaguarda do sigilo fiscal tem como objetivo evitar a invasão da privacidade do cidadão, pois a divulgação de informações sigilosas sobre a condição financeira e econômica do contribuinte, e que estão

em poder do fisco, podem ter consequências danosas, criminais, ou até mesmo a falência de uma sociedade comercial.

#### 4.2.2. A remuneração e as garantias individuais

No escólio de Ivan Barbosa Rigolim, é correto afirmar que a remuneração paga com o dinheiro público não pode instituir segredo reservado a ninguém, ou prerrogativa conhecida apenas por quem a recebe, como se tratasse de negócio particular que devesse conservar-se em sigilo a começar por questão de segurança. A remuneração de servidores públicos não é matéria secreta ou segredo de Estado, porém, para a divulgação de dados pessoais, é necessário que existam normas em prol da dignidade do ser humano e das informações, sob pena de se permitir a caça às bruxas ou a inquisição religiosa da idade média. Não deve a transparência das contas e gastos públicos irromper para o âmbito da devassa, da violação à intimidade pessoal de ninguém, nem da afronta a normas de segurança e de proteção individual dos servidores públicos.

Não se criam obrigações em prejuízo da segurança e da intimidade de pessoas, conforme defende o autor, pois regra jurídica alguma permite violar direito e garantias individuais em nome de valores públicos, sejam quais forem os valores, e o que eles significam. Os direitos e as garantias individuais prevalecem, pois são cláusulas pétreas da Constituição brasileira, do seu art. 5º, no qual sequer emenda constitucional interfere, senão para melhorar e garantir ainda mais. Sustenta ainda o autor que o primeiro e insuperável limite ao interesse público é o conjunto de direitos e garantias em favor do cidadão constante na Constituição, existindo outros, mas sendo este sempre o primeiro.

Afirma ainda, pois, que a democracia não devassa nem expõe o cidadão, mas o protege de abusos e desrespeitos. Por fim, assevera que é a própria democracia que, assegurando direitos e garantias fundamentais, protege constitucionalmente os valores contra uma incondicionada transparência sobre a vida alheia a avançar sobre os dados pessoais de cada pessoa, na busca de alegados privilégios. A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, e da imagem das pessoas, assegurando indenização em caso de violação. O que se mostra intolerável para o

autor é a eclosão de mais um epidêmico surto de demagogia jurídico-institucional que tanto estrago já produziu e produz na história do homem.

No que se refere à Lei nº 12.527/11, aduz o autor que, em nenhum momento, a LAI obriga a Administração Pública a publicar listas de servidores, com nomes e remunerações detalhadas de suas parcelas, sendo aplicável à hipótese a disposição do art. 5º, II, da CRFB/88, na qual “ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Menciona ainda o autor que, contrariamente à ideia de a Administração Pública dever ou mesmo poder devassar intimidade da vida privada dos agentes públicos, a Lei nº 12.527/11, cuidadosamente, estipula, em seu art. 31, que o tratamento às informações pessoais deve ser feito com transparência, respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas e de acordo com as liberdades e garantias individuais, com restrição de acesso por cem anos. Desta maneira, dificilmente qualquer divulgação de listas de servidores, com suas respectivas remunerações poderia ser tida como regular.<sup>383</sup>

Defende-se que, pela análise da origem, da natureza e da evolução, pode-se dizer que os direitos individuais são limitações impostas à atuação do Estado, com a finalidade de proteção dos direitos essenciais da pessoa humana e se encontram inclusos no modelo dos direitos fundamentais do qual são uma das suas espécies. Os direitos e garantias individuais receberam proteção extra ao proibir ao poder constituinte derivado introduzir emenda tendente a suprimi-los. Deste modo, estão revestidos por um manto de imutabilidade, não podendo por isso sofrer qualquer modificação ou afetação. Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca além do alcance do poder constituinte ordinário, sendo também conhecidos como cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, parágrafo 4º, da CRFB/88. Desta maneira, aos direitos e garantias individuais não se admite violação ou transgressão, seja de que ordem for. Por tal motivo, são considerados os pilares do Estado Democrático de Direito e da Democracia. Esses direitos e garantias individuais são os enumerados no art. 5º da Constituição e em outros dispositivos da Carta Maior.<sup>384</sup>

Registre-se ainda, por oportuno, que os princípios básicos da administração pública brasileira são a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, tal como previsto no art. 37, *caput*, da CRFB/88. Dentre os princípios básicos da administração

---

<sup>383</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Transparência não é devassa, nem na Lei nº 12.527/11**. In: BDM-Boletim de Direito Municipal: doutrina, pareceres e atualidades. São Paulo: Editora NDJ Ltda. Nov/2012, p. 771-775.

<sup>384</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p.134.



pública, destaca-se o princípio da impessoalidade dos atos administrativos, que surgiu com esta denominação pela primeira vez na CRFB/88, e estaria relacionado com a vedação de tratamentos discriminatórios.<sup>385</sup> Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que sempre o interesse público deverá nortear o seu comportamento.

Assim, os atos da administração pública não podem ser elaborados tendo em vista um rosto, ou seja, uma categoria determinada, seja de servidores ou de administrados. Conforme refere João Gaspar Rodrigues, o princípio da impessoalidade está relacionado ao princípio da finalidade que se traduz na busca da satisfação do interesse público, sem prejudicar, injustificadamente, interesses particulares. Assim, não tem a Administração Pública disponibilidade absoluta sobre os dados e informações para a divulgação ou publicidade, em face do direito fundamental à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados pessoais dos servidores (CF, art. 5º, incisos X e XII).<sup>386</sup>

Na Constituição portuguesa, o princípio da impessoalidade está expresso como princípio da imparcialidade da administração e pode ser interpretado como:

[...] um princípio positivo e negativo: ao exigir-se imparcialidade proíbe-se o tratamento arbitrário e desigual dos cidadãos por parte dos agentes administrativos, mas, ao mesmo tempo, impõe-se a igualdade de tratamento dos direitos e interesse dos cidadãos através de um critério uniforme da ponderação dos interesses públicos.<sup>387</sup>

No escólio de José Alexandre Guimaraes de Sousa Pinheiro, o princípio da finalidade deve ser escrupulosamente cumprido, não se tolerando a fixação de finalidades indeterminadas ou de caráter global.<sup>388</sup>

Conforme refere Juarez Freitas, a Administração sempre estará sujeita à lei e, quando se tratar da possibilidade de restringir ou prejudicar direitos, a administração deve sujeitar-se a uma legalidade positiva.<sup>389</sup> Em ambas as Constituições, a constitucionalização dos princípios básicos da Administração Pública tem a mesma finalidade: garantir a honestidade na gerência

---

<sup>385</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 287.

<sup>386</sup> RODRIGUES, João Gaspar. **A inconstitucionalidade e outros aspectos jurídicos sobre a divulgação nominal de dados remuneratórios de servidores públicos**. In: *Seleções jurídicas COAD-ADV*, out/2012, p. 10-11.

<sup>387</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1.165.

<sup>388</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 2. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 593.

<sup>389</sup> FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo. Malheiros. 4. ed., 2004, p. 268-269.

da *res* pública e possibilitar a responsabilização dos agentes públicos que se afastarem dessas diretrizes obrigatórias.

#### 4.2.3. Os direitos da personalidade e o *status* preferencial na Lei nº 12.527/11

Cláudio Chequer<sup>390</sup>, ao referir-se ao art. 31 do então Projeto de Lei da Câmara dos Deputados - PLC nº 41/2010, apresentou severas críticas à redação daquele dispositivo, em razão de incompatibilidade da essência dos dispositivos inseridos na Seção V (arts. 31 e seguintes) com os propósitos democráticos pretendidos pelo Constituinte Originário. O mencionado artigo foi mantido integralmente no projeto, originando o art. 31, da Lei 12.527/11 – LAI.

Afirma o autor que, pela singela leitura dos dispositivos constantes da redação do artigo 31 e seus parágrafos<sup>391</sup>, identificou-se preocupação do legislador e a necessidade de tutelar, de

---

<sup>390</sup> Procurador da República, Doutor em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro e membro da comissão criada pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão para analisar o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados PLC nº 41/2010.

<sup>391</sup> Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.  
§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;

III - ao cumprimento de ordem judicial;

IV - à defesa de direitos humanos; ou

V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

§ 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal.

forma incisiva, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, restringindo o direito à liberdade de expressão e informação aos casos ali mencionados.

Deste modo, a premissa extraída daqueles dispositivos é que, em regra, uma vez caracterizada a informação de caráter pessoal, se a sua exposição causar danos à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, o direito fundamental à liberdade de expressão e informações deve ser restringido, independentemente de a informação ser de interesse público ou não. Excepcionalmente, nos casos definidos pelo legislador, poderá ser observado o acesso livre à informação.

De tal modo, segundo o autor, caso se pretenda obter uma informação de caráter pessoal, cuja revelação possa causar danos à intimidade, à vida privada, à honra ou imagem das pessoas tem-se que demonstrar umas das situações excepcionais prevista pelo legislador, o que se traduz em uma incompatibilidade da fixação dessa premissa com o objetivo democrático perseguido pelo Legislador Constituinte Originário em torno de questões filosóficas que justificam a liberdade de expressão e informação.

Ainda explica o autor que dois grandes grupos de teorias se destacariam ao explicar por que a liberdade de expressão e informação deve ser considerada um direito fundamental. No primeiro grupo, a liberdade de expressão e informação é importante por si só, não apenas pelos resultados que esse direito pode acarretar, mas pela potencialidade de apresentar um valor intrínseco em si e, alternativamente, por assegurar o desenvolvimento de cidadãos mais conscientes, com benefícios para a sociedade. No segundo grupo, a liberdade de expressão e informação possui importância instrumental, cuidando-se de um meio para uma finalidade importante. Assim, neste grupo estariam abarcadas três teorias: (i) a da busca da verdade, (ii) a democrática e (iii) a da estabilidade social.

A primeira teoria, vinculada à busca da verdade, surgiu do voto particular formulado pelo magistrado Oliver Wendell Holmes na decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *Abrams v. United States*.<sup>392</sup> Defende-se que apenas um debate aberto de ideias pode possibilitar a descoberta da verdade, que é concebida como algo relativo e que só pode ser analisado pelo mercado contra o plano de fundo de um encontro livre e aberto entre diferentes opiniões.

Para a segunda teoria, que vincula a liberdade de expressão como um meio para a democracia, esse direito fundamental é idealizado como uma consequência do sistema

---

<sup>392</sup> 250 US 616(1919).

democrático de tomada de decisões, pois contribui para a formação da opinião pública em face dos debates públicos. Esse argumento foi apresentado em juízo pelo Justice Brandeis J, da Suprema Corte Americana, no caso *Whitney v. California*<sup>393</sup>, e teria origem nos estudos de Spinoza, em seu *Theologic-Political Treatise*. Tal argumento ainda se encontra associado aos escritos de Alexander Meiklejohn e Owen Fiss, que sustentam que o primeiro propósito da Primeira Emenda da Constituição Americana é proteger o direito de todos para que eles possam ter acesso às publicações políticas, participando, assim, efetivamente da democracia.

A terceira teoria, a da estabilidade social, sustenta que a liberdade de expressão e informação é um direito fundamental em razão de determinar o equilíbrio entre a liberdade de expressão e informação, e a mudança da sociedade. Assim, um Estado formado com base na ampla liberdade de expressão e informação é mais forte e menos predisposto a convulsões sociais de um Estado autoritário, que se impõe pela repressão e pelo medo. Assim, a liberdade de expressão e informação seria uma condição para garantia de estabilidade governamental, pois irá produzir mais estabilidade. O diálogo fortaleceria o Estado e tornaria a sociedade mais coesa, já que eliminar a discussão criaria um impossível julgamento racional. As pessoas tendem a confiar mais em um governo que está disposto a ouvir e a considerar a extensão de seus argumentos. Do contrário, o desrespeito às leis e as desconfianças nos governantes geraria um clima de intranquilidade social com todas as suas consequências. Do mesmo modo, se os indivíduos têm a oportunidade de fazer suas objeções à política governamental, com liberdade para estabelecer suas posições e tentar persuadir outras pessoas a adotá-las, uma vez finalizado o processo legislativo, tenderiam a obedecer às leis, em virtude de sua participação no processo político, ainda que estas leis sejam contrárias às suas convicções.

Todas essas teorias se complementam e justificam a liberdade de expressão e informação como direito fundamental.

Conforme refere o autor, o fundamento democrático tem autorizado diversas Cortes Constitucionais, dentre elas a Suprema Corte dos Estados Unidos, a *House of Lords* inglesa e outras, a tratar a liberdade de expressão e informação de forma heterogênea, considerando-a como um direito fundamental preferencial *prima facie*, quando relacionada com assuntos de interesse público e diante de um conflito com os interesses da personalidade.

Em sua crítica, sustenta o autor que, nas hipóteses em que houver interesse público na divulgação da informação, não podem os direitos da personalidade, intimidade, da vida

---

<sup>393</sup> 274 US 357 (1927)

privada, da honra e da imagem, serem aptos a justificar, em regra, uma restrição integral à informação, como faz crer os dispositivos do art. 31 em comento.

Entretanto, ao se afirmar que informações pessoais terão seu acesso restrito, o legislador elencou os direitos da personalidade em um patamar abstrato de superioridade hierárquica, em caso de conflito com o direito à liberdade de expressão e informação. Tal fato se traduz em inadmissibilidade para um país democrático.

No entender do autor, a liberdade de expressão e informação deve levar em consideração, integralmente, os direitos da personalidade, desde que isso seja possível. Algumas vezes, o direito fundamental à liberdade de expressão e informação deverá ser autorizado mesmo em face de ofensas e restrições verdadeiras ou potenciais aos direitos da personalidade, desde que seja resguardado o seu núcleo essencial. Assim, na presença de um conflito entre esses dois direitos fundamentais, o direito à liberdade de expressão e informação deverá prevalecer, como um direito fundamental *prima facie*. Para a realização da democracia, o povo tem o direito de saber o que se passa nos assuntos de interesse público, da forma mais plena, pois tal fato o atinge de forma direta ou indireta e ele não pode ficar alijado do processo de participação idealizado pela Constituição.

Deste modo, cuida-se de uma necessidade imperiosa e não um privilégio, diante de um Estado Democrático em construção.

De tal modo, o autor não se mostra de acordo com a afirmação de que as informações pessoais relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, terão, em regra, seu acesso restrito. Tais informações somente deverão ter o acesso restrito quando inexistir interesse público em revelá-las. Na presença do interesse público, a liberdade de expressão e informação deverá ser tratada como um direito fundamental *prima facie*, autorizando a observância da liberdade de expressão e informação mesmo diante de ofensas razoáveis causadas aos direitos da personalidade. Apesar de os parágrafos 3º e 4º, do art. 31, excetuarem a regra, permitindo a revelação de informações excepcionais, tais como a prevenção e diagnóstico médico, a realização de estatísticas, o cumprimento de ordem judicial, a defesa dos direitos humanos, a proteção do interesse público preponderante e quando necessárias para a apuração de irregularidades em que o titular da informação estiver envolvido, o conteúdo dos dispositivos inverte uma lógica democrática: na presença do interesse público, o acesso à informação deve ser garantido plenamente, mesmo em ocorrendo ofensas aos direitos da personalidade, desde que respeitado o núcleo essencial desse direito.

Assim, sustenta o autor que, em regime democrático, a regra seria a liberdade de expressão e informação e não a observância irrestrita dos direitos da personalidade, com apenas algumas exceções. Portanto, o legislador, como regra, deve garantir a liberdade de expressão, em havendo interesse público na questão, e não como exceção, como deseja o PLC 41/2010, que deu origem à Lei de Acesso à Informação.

Portanto, a ponderação constante do PLC 41/2010, ao elevar os direitos da personalidade ao *status* de direito preferencial em abstrato, deve ser modificada, realizando-se esta mudança com base na assertiva de que, em uma democracia, a liberdade de expressão e informação, em casos envolvendo interesses públicos, deve ser considerada como direito fundamental preferencial *prima facie*. Igualmente, a balança de ponderação deverá ser aferida, conferindo-se mais peso à liberdade de expressão e informação. O ônus argumentativo para restringir a ampla possibilidade de informação deverá ser titularizada ao detentor do direito de personalidade, que deverá desenvolver argumentação para restringir a ampla possibilidade de informação e não o contrário.<sup>394</sup>

Ora, se muito embora a LAI ainda não consiga traduzir os objetivos filosóficos que justificam a liberdade de expressão e informação perseguida pelo Legislador Constituinte Originário, como ambiciona o autor, defende-se que a legislação tem de ser alterada, com novo direcionamento em sua orientação.

Ao se afirmar que “informações pessoais terão seu acesso restrito” (art. 31, §1º, I, da LAI), o legislador, de fato, elencou os direitos da personalidade em um patamar abstrato de superioridade hierárquica, em caso de conflito com o direito à liberdade de expressão e informação. Se tal fato se traduz em inadmissibilidade para um país democrático, são necessárias mudanças.

Assim, entende o autor que, em regime democrático, a regra seria a liberdade de expressão e informação e não a observância irrestrita dos direitos da personalidade, com apenas algumas exceções. Mas defende-se aqui que a orientação da legislação em vigor precisa ser respeitada para garantia dos direitos fundamentais, da privacidade e da dignidade da pessoa do servidor administrativo da República, até que sobrevenha qualquer alteração.

De tal modo, se a ponderação constante da Lei 12.527/11, ao elevar os direitos da personalidade ao status de direito preferencial, em abstrato, deve ser modificada, mudanças

---

<sup>394</sup> CHEQUER, Cláudio. **A lei de acesso à informação pública e as informações de caráter pessoal de interesse público**. In: Boletim dos Procuradores da República nº 83. Brasília: Fundação Procurador Jorge de Melo e Silva. 2012, p. 21-28.

deverão ser feitas, observando-se o devido processo legislativo, e não por eventual decisionismo ou ativismo judicial. Do mesmo modo, defende-se que, se a balança de ponderação deverá ser aferida, conferindo-se mais peso à liberdade de expressão e informação, que o Poder Legislativo o faça.

Nesta sintonia, ressalta José Alexandre Guimarães de Souza Pinheiro que, “como corpo vivo, a Constituição tem de se adaptar ao mundo e sofrer as transformações próprias de um ente em movimento”.<sup>395</sup>

#### 4.2.4. O risco pessoal e familiar

Relembre-se, por oportuno, que a decisão levada a efeito pelo e. STF, em seu mérito, na Suspensão de Segurança 3.902, foi tratada como conflito aparente de normas constitucionais. Inexistiu conflito na visão da excelsa Corte, mesmo estando de um lado o direito fundamental à informação administrativa, oriunda dos órgãos públicos e, de outro lado, o direito fundamental à intimidade, vida privada e segurança dos servidores, em não ter seus nomes citados em listas de vencimentos dos órgãos estatais. Tratada a questão como conflito aparente de normas, não se fez a ponderação entre os direitos fundamentais mencionados. Por se tratar de agentes públicos, em sua acepção, não teriam eles direito à intimidade ou à vida privada, pois os informes divulgados estariam ligados à sua essencialidade de servidores públicos, além de ser um preço que se paga pela opção pela carreira pública em um Estado republicano, conforme afirmado. Assim, a remuneração dos servidores é de interesse geral, conforme afirmado, e o seu sigilo não é imprescindível à segurança do Estado e da sociedade.

No escolio de Felipe Roeder da Silva, delineia-se, ao que lhe parece, a presença de um ligeiro ativismo que resulta por restringir, demasiadamente, sem previsão constitucional expressa, direito fundamental. Admite-se como perfeitamente compreensível que os agentes públicos possuam o direito à intimidade abrandado, em face do direito coletivo ao acesso à informação das despesas públicas. Mas daí não se pode assegurar, sob risco de violar o núcleo

---

<sup>395</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 1. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 423.

essencial de um direito fundamental, que todos os dados relacionados à carreira estatal não estão tutelados pelo direito à intimidade. De fato, a restrição do direito fundamental à intimidade dos agentes públicos não deve ser compreendida com a eliminação da proteção constitucional contra ofensas desarrazoadas, desproporcionais e sem qualquer vínculo com a atividade, como assim sustenta Alexandre de Moraes.<sup>396</sup> Na realidade, a divulgação de remuneração de servidor público nada mais é que informação pessoal, relacionada ao seu nome, merecendo respeito em face de um núcleo de direito de personalidade, pois não se está divulgando apenas remuneração do servidor como agente estatal, nesta qualidade, mas sim a receita de sua pessoa privada, invadindo-se, assim, a sua intimidade.

Sustenta o autor que o direito à vida é o âmago de onde eclodem os demais direitos, não sendo razoável colocá-la em risco pessoal e familiar<sup>397</sup>, pela divulgação nominal de remuneração dos agentes públicos para fins de efetivação de atendimento a direito coletivo a informação administrativa. Há outras maneiras de se proceder quanto aos dados reclamados. A incolumidade física não pode ser colocada em risco para satisfação de outros valores constantes da Carta Maior.

Admite o autor que as receitas brutas auferidas, cargos ocupados, funções exercidas, órgãos de lotação e outros dados dos agentes públicos são informações administrativas de interesse público e geral, portanto, suscetíveis de serem divulgadas, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII. Admite ainda que o princípio da publicidade é um dos pilares do Estado Republicano, voltado para um maior controle social dos gastos públicos no combate à corrupção e outros males administrativos. Mas não lhe parece que a divulgação de remuneração nominal de servidores públicos seja informação de interesse coletivo ou geral, nem uma condição de efetivação de direito fundamental de acesso à informação administrativa, pois há outros meios que restrinjam menos os direitos fundamentais à segurança, intimidade e privacidade, capazes almejar a finalidade constitucional pretendida.

Não obstante o e. STF possuir entendimento diverso, existem decisões contrárias ao entendimento daquela Corte, como por exemplo, a decisão da lavra do Juiz Federal Osni Cardoso Filho, publicada em 07 de maio de 2012, nos autos da ação ordinária nº 5013278-

---

<sup>396</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 48.

<sup>397</sup> “O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo” (RE 559.646-AgR, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, DJE de 24-6-2011.) No mesmo sentido: ARE 654.823-AgR, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 12-11-2013, Primeira Turma, DJE de 5-12-2013.



45.2012.404.72200/SC, em que figura como parte autora o Sindicato dos Trabalhadores no Poder Judiciário Federal em Santa Catarina – SINTRAJUSC. Tal decisão, em conformidade com os fundamentos ora expostos, admite que os servidores estatais são titulares dos direitos fundamentais à intimidade, à segurança, o que torna certo o conflito destes direitos com o direito de acesso à informação administrativa, quando a remuneração é divulgada da maneira nominal identificada em sítios oficiais estatais.<sup>398</sup>

A Carta Magna brasileira traz em seu preâmbulo o objetivo de instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, tendo como vetores a liberdade, a segurança, o bem-estar, dentre outros, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Cuida-se, assim, de um ideal para os preceitos normativos e solução conflitos de natureza constitucional.

Do mesmo modo, garante-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos do art. 5º, *caput*, da CRFB/88.

Assim, defende-se aqui que o Estado possui o dever de garantir a incolumidade dos cidadãos e de seus patrimônios, por meio de atividades preventivas, vigilância e atividades repressivas. O objetivo principal das políticas públicas é o de manutenção de um ambiente de tranquilidade que possibilite aos particulares desenvolver suas aspirações e potencialidades. A segurança significa estabilidade, previsibilidade e redução de riscos. A segurança é ainda materialmente fundamental, por se entrelaçar com a dignidade da pessoa humana, provendo a tranquilidade e a previsibilidade, sem as quais a convivência social se converte em uma sucessão aflitiva de sobressaltos.

A garantia do direito à segurança acena para a proteção de outros direitos, a exemplo do direito à intimidade e privacidade, aos direitos de ir e vir, à proteção da incolumidade física e do estado emocional, dentre outros.

Deste modo, defende-se que o Estado deve empreender todo o seu potencial para propiciar proteção à integridade aos cidadãos, para que possam exercer os atos da vida civil,

---

<sup>398</sup> SILVA, Felipe Roeder da. **Análise da divulgação da remuneração dos agentes públicos à luz do princípio da proporcionalidade.** Jus Navegandi, Teresina, 04/2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/38501/analise-da-divulgacao-nominal-da-remuneracao-dos-agentes-publicos-a-luz-do-principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

sem qualquer restrição ao direito de existir e viver em segurança. Não se criam restrições despropositadas em prejuízo da segurança e da intimidade de um universo de servidores públicos, pois regra jurídica alguma permite violar direitos e garantias fundamentais, previstas no art. 5º, da CRFB/88, em nome de outros direitos ou valores públicos. O direito à segurança não pode ser mitigado para efetivação de outros valores, por ser a segurança valor estruturante do Estado Democrático de Direito.

No esolío de José Alexandre de Sousa Pinheiro, a proteção de dados pessoais relaciona-se à própria dignidade humana, na medida em que se reconhece que o homem não busca apenas sobreviver fisicamente, mas sim proteger seu núcleo privado de modelos securitários mais invasivos. Assim, o binômio liberdade v. segurança deve ser examinado com precaução, pois a proteção destes valores só prevalece se a liberdade incorporar um elemento de segurança, e esta não subsistir sem a primeira. Afirma ainda o autor que a segurança no discurso jurídico possui a natureza de um direito, e não a de um seu antagonista necessário. Assim, a segurança constitui tanto um direito quanto os direitos constitucionais que pode restringir e limitar por meio de normas ou de padrões hermenêuticos.<sup>399</sup>

Se o sigilo das informações de servidores estatais não é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, é de se lembrar que o universo de servidores estatais da República Federativa do Brasil, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE<sup>400</sup>, era de **3,12 milhões, ou seja, (três milhões, cento de vinte mil)** cidadãos em 2012, o que representou 1,6% (um vírgula seis por cento) da população brasileira daquele ano, sem contar os membros de suas famílias.

É de se indagar: de que sociedade fala o Senhor Ministro?

Quem são os membros da sociedade mencionada pelo Senhor Ministro?

Por outro lado, a curiosidade mórbida em saber o nome completo e a remuneração do servidor gera um clima que estimula a cobiça, a inveja, a maledicência, o despeito e o desrespeito. A exposição indiscriminada e irrestrita da remuneração do servidor, por meio da rede mundial a computadores, cria situação de insegurança jurídica, tendo o Estado o dever de atuar positivamente para gerar a segurança pública e jurídica. Não apenas a remuneração de

---

<sup>399</sup> PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 1 e 2. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) –Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, p. 331 e 585.

<sup>400</sup> Cfr. Jornal Valor Econômico. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3046800/ibge-funcionarios-publicos-eram-16-da-populacao-brasileira-em-2012>>. Acesso em: 1 dez. 2015.

Juízes e Promotores que estão sendo expostas, mas de todo um universo de servidores da República.

O Desembargador Ricardo Pessoa de Mello Belli, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, de 31 de julho de 2012, criticando a Lei de Acesso à Informação, bem asseverou que nenhum indivíduo, do setor público ou privado, se sentiria confortável e seguro sabendo que sua remuneração estaria exposta ao conhecimento de todos, por meio da rede mundial de computadores. O profissional humilde, menos remunerado, se sentiria mais diminuído. O profissional mais qualificado e melhor remunerado, se julgaria alvo da cobiça, da inveja e da curiosidade alheia, advindo ainda potencial interesse sobre tais informações ao meio delinquencial.<sup>401</sup>

#### 4.2.5. A nova orientação do CNJ e o reconhecimento da fragilidade do Sistema

No Brasil, visando à criação de regras e procedimentos administrativos uniformes nos diversos setores do Poder Judiciário, o CNJ - Conselho Nacional de Justiça editou, em 16 de dezembro, a Resolução nº 215/2015<sup>402</sup>, dispondo sobre a aplicação da Lei de Acesso à Informação.

A Resolução é dividida em onze capítulos e trata de temas como a transparência ativa, a transparência passiva, o procedimento de acesso à informação, a classificação da informação e as informações pessoais, dentre outros.

No que se refere à divulgação nominal dos salários dos servidores públicos, a Resolução nº 215/16, do CNJ, reconheceu, ainda que timidamente, que as informações não podem ser divulgadas livremente em sítios eletrônicos, sem qualquer controle. É certo que em seu art. 6º, VII, “d”, afirmou a obrigatoriedade de os Tribunais exercerem a denominada transparência

---

<sup>401</sup> BELLI, Ricardo Pessoa de Mello. **Publicação nominativa de holerites é aberração jurídica**. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 31 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-31/ricardo-belli-publicacao-nominativa-holerites-aberracao-juridica>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

<sup>402</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 215, de 16 de dezembro de 2015. Dispõe, no âmbito do Poder Judiciário, sobre o acesso à informação e a aplicação da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011**. DJe/CNJ, nº 8, de 19/1/2016, p. 4-13. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_215\\_16122015\\_19012016174744.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_215_16122015_19012016174744.pdf)>. Acesso em: 5 mar. 2016.

ativa, com recomendação de publicação em seus sítios eletrônicos dos nome e remunerações de seus servidores, nos seguintes termos:

Art. 6º Os sítios eletrônicos do Poder Judiciário deverão conter:

[...]

VII – campo denominado “Transparência”, em que se alojem os dados concernentes à

[...]

d) remuneração e proventos percebidos por todos os membros e servidores ativos, inativos, pensionistas e colaboradores do órgão, incluindo-se as indenizações e outros valores pagos a qualquer título, bem como os descontos legais, com identificação individualizada e nominal do beneficiário e da unidade na qual efetivamente presta serviços, com detalhamento individual de cada uma das verbas pagas sob as rubricas “Remuneração Paradigma”, “Vantagens Pessoais”, “Indenizações”, “Vantagens Eventuais” e “Gratificações”, conforme quadro descrito no anexo desta Resolução.

Contudo, a partir desta Resolução, o acesso a estas informações deverá ser precedido de identificação do interessado, visando à garantia da segurança e vedando-se o anonimato daquele interessado ao acesso às informações, conforme depreende-se do seu artigo 6º, parágrafos 2º e 3º.

Vale ressaltar que a identificação do usuário se dará por meio de seu nome completo, acompanhado do número da carteira nacional de habilitação, ou número do registro geral da identidade civil, ou número do cadastro de pessoa física (CPF), ou do título de eleitor.

Desta maneira, nota-se um reconhecimento por parte do Conselho Nacional de Justiça, ainda que superficial, dos riscos advindos da divulgação da remuneração correspondente ao nome do servidor, a exigir a identificação do usuário. Esse reconhecimento é indicativo de fragilidade e vulnerabilidade do sistema até então adotado pelos órgãos responsáveis pelo armazenamento das informações.

Além disso, destaca-se na Resolução em comento a determinação para que os Tribunais brasileiros divulguem a remuneração paga a seus servidores, de forma detalhada, individualizando cada uma das verbas recebidas, sob as rubricas “Remuneração Paradigma”, “Vantagens Pessoais”, “Indenizações”, “Vantagens eventuais” e “Gratificações”.

Valoriza-se, assim, a ideia de que a informação disponibilizada ao cidadão sobre as contas e gastos públicos deve ser efetiva, com a exposição de todos os dados necessários a uma real fiscalização.

Com todas estas informações, sistematicamente colocadas à disposição da sociedade, é possível afirmar que o Direito à Informação estará sendo realizado com uma “eficácia ótima”, tornando-se desnecessária, como já afirmamos, a exposição do nome do servidor público.

Apesar de toda regulamentação tendente a garantir o direito de acesso à informação, vale a advertência de que as práticas de nossas instituições nem sempre se traduzem em um efetivo fornecimento de informações públicas.

Exemplo disso é o Estado de São Paulo que, conforme noticiado pela imprensa em 2 de março de 2016<sup>403</sup>, vem enrijecendo o filtro para o fornecimento de informações públicas à sociedade.

Nos termos da citada reportagem e do Decreto nº 61.836/2016<sup>404</sup>, de 18 de fevereiro, editado pelo Governo do Estado de São Paulo, os pedidos de informação feitos por qualquer pessoa, via lei de acesso à informação, passam a ser concentrados no gabinete do Secretário de Segurança Pública, ao qual serão atribuídas as funções de analisar o pedido de acesso, e até mesmo, avaliar eventual recurso do interessado.

Evidencia-se, dessa maneira, que pode haver um hiato muito grande entre as disposições legais concernentes ao direito de acesso à informação e aquilo que efetivamente acontece no âmbito da administração pública brasileira.

#### 4.3. A máxima da proporcionalidade

Como um dos mais importantes instrumentos da hermenêutica constitucional, o princípio da proporcionalidade, segundo Daniel Sarmento, originou-se no direito administrativo alemão (prussiano) do século XIX, sendo utilizado, inicialmente, para controle do exercício do poder de polícia. Após o advento da II Guerra Mundial, o princípio foi

---

<sup>403</sup> PAGNAN, Rogério. **Segurança de SP aperta filtro de acesso a dados públicos**. Folha de São Paulo, São Paulo, 2 mar. 2016. Caderno Cotidiano, B4.

<sup>404</sup> SÃO PAULO. **Decreto nº 61.836, de 18 de fevereiro de 2016. Dispõe sobre a classificação de documento, dado ou informação sigilosa e pessoal no âmbito da Administração Pública direta e indireta.** DOE-I, 19/2/2016, p. 1. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2016/decreto-61836-18.02.2016.html>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

transposto para o âmbito do direito constitucional alemão, oportunidade em que passou a ser empregado também para o controle de constitucionalidade de atos legislativos, principalmente aqueles correlatos a restrições a direitos fundamentais. Consolidaram-se três parâmetros, ou subprincípios com o passar do tempo: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. O êxito da experiência alemã na utilização do princípio influenciou grande parte do mundo, ocorrendo a sua incorporação progressiva à jurisprudência constitucional de diversos países, e até mesmo em órgãos jurisdicionais supranacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Organização Mundial do Comércio.<sup>405</sup>

No direito constitucional germânico, ao princípio da proporcionalidade outorga-se a qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito, que tem como objetivo aferir a compatibilidade entre meios e fins, evitando-se restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais, no escólio de Gilmar Mendes.<sup>406</sup>

O princípio da proporcionalidade, por sua natureza, atua na contenção de abusos e na moderação do exercício do poder em favor da proteção dos direitos do cidadão. No cenário brasileiro, o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade vem ocorrendo após o advento da Constituição de 1988, sob forte influência da teoria constitucional alemã.

O e. Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Constituição de 1988, passou a referir-se à proporcionalidade, com frequência, no controle de constitucionalidade. Mas, no início, a e. Corte não se valia dos subprincípios, restringindo-se a destacar o caráter arbitrário ou desarrazoado do ato normativo examinado. Com o passar do tempo, já na última década, o princípio da proporcionalidade vem sendo empregado de forma mais analítica.

Muito embora não previsto na CRFB/88, o STF tem fundamentado o princípio— tratado pela Corte como idêntico ao princípio da razoabilidade — na cláusula do devido processo

---

<sup>405</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 465-466.

<sup>406</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 43.

legal, na sua dimensão substantiva (at. 5º, XXXIV)<sup>407</sup>, com amplo suporte em nossa doutrina constitucional.<sup>408</sup>

O princípio da proporcionalidade foi recepcionado pelo direito brasileiro, além de ser a expressão mais usual nos diversos sistemas do direito europeu.<sup>409</sup>

Há uma razoável concordância sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no ordenamento brasileiro, bem como em sua estrutura, calcada em subprincípios.

Deste modo, o princípio da proporcionalidade se insere no corpo constitucional da Carta Maior, podendo ser deduzido de sua estrutura normativa a sua utilização como princípio da reserva legal (art. 5º, inciso II, da CRFB/88), ou princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88), ou do art. 5º, § 2º, da CRF<sup>410</sup>, ou mesmo do próprio sistema de direitos fundamentais constitucionalmente adotado.

O Ministro Gilmar Mendes leciona restar consolidado no e. STF a evolução do princípio da proporcionalidade como postulado constitucional dotado de autonomia que teria seu fundamento em disposição sobre o devido processo legal. Tal posicionamento se deduz tratar-se de um princípio geral do direito, como tem assentado a jurisprudência.<sup>411</sup>

A norma em apreço restringe abusos, arbitrariedades, e excessos na atuação do poder público, sob a ótica de três sub-regras: a da adequação; a da necessidade; e a da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, presente se achará a adequação se a medida em análise cumprir os fins que almeja; haverá necessidade caso não se verifique outro meio igualmente efetivo e menos danoso a direitos fundamentais de se alcançar os objetivos pretendidos. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito será respeitada caso, em uma

---

<sup>407</sup> Neste sentido, por exemplo, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.158-MC, Rel. Min. Celso de Mello. DJU, 26 maio 1995; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.076-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU, 7 dez. 2000; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.922-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJU, 24 nov. 2000; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.276, Rel. Min. Maurício Corrêa. DJU, 5 dez. 2002.

<sup>408</sup> Neste sentido, dentre outros: MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do STF. In: MENDES, Gilmar Ferreira, p. 83; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 237.

<sup>409</sup> Conforme Suzana de Toledo Barros, o Brasil, mesmo adotando o sistema de controle de constitucionalidade similar ao americano, não recepcionou o princípio da razoabilidade nos termos notabilizados pelo direito americano. BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 66.

<sup>410</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 4 nov. 2015.

<sup>411</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 219.

ponderação de custo-benefício, os ônus oriundos da medida sejam menores que os benefícios aos quais pretende produzir.<sup>412</sup>

Entretanto, ainda se tem entendido que o postulado da proporcionalidade também possui uma concepção positiva, a vedação da proteção deficiente, impondo-se ao Estado o dever de atuação no objetivo de prestar aos direitos fundamentais a efetiva e devida proteção, sob risco de padecer em inconstitucionalidade e ensejar a intervenção do Poder Judiciário. Ressalte-se que esta obrigação contempla, igualmente, o dever de legislar, no sentido de assegurar a proteção suficiente aos direitos fundamentais.

Em tal sentido:

[...] a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104.410/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 27 mar. 2012).

#### **4.4. Uma tentativa de solução prática por meio da técnica da ponderação**

O conflito entre os direitos fundamentais na questão se verifica entre a proteção conferida ao direito fundamental à intimidade e vida privada do servidor e o direito fundamental de acesso à informação dos Órgãos Públicos, relativos à divulgação de rendimentos de servidores públicos em sítio na rede mundial de computadores, ou seja, entre o direito ao acesso à informação administrativa e a intimidade da vida privada do servidor.

Como cediço, não há no ordenamento jurídico pátrio direito ou garantia absolutos, ou seja, aquele que sempre prevalece em detrimento de outro que esteja em sua rota de colisão. Nem mesmo o direito à vida goza de tal *status*, mormente quando o seu exercício pode ser mitigado em algumas situações, como é o caso, por exemplo, da legítima defesa ou do estado de necessidade.

---

<sup>412</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. ampl. e atual. até a EC 76/2010 e em consonância com a jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 201-202.



A questão que ora se observa encontra-se em definir qual a melhor solução para o conflito entre os direitos fundamentais em colisão. Qual deve prevalecer em detrimento do outro? Como chegar a essa escolha sem interferir na totalidade do direito fundamental enfrentado?

Inicialmente, é de se considerar que a solução para o “conflito” entre os referidos direitos fundamentais deve ser analisada sempre se levando em conta o caso concreto.

A técnica de ponderação de interesses de Alexy é o método mais utilizado pelos operadores do Direito e se manifesta, segundo Manuel Jorge e Silva Neto:

(...) na utilização de técnica por meio da qual se busca a 'pesagem' equilibrada entre os bens constitucionalmente tutelados, impedindo-se que se atribua peso excessivo a um deles em detrimento do outro.<sup>413</sup>

Destarte, eventual conflito entre princípios será resolvido com o sopesamento dos interesses colidentes. Tal sopesamento definirá qual dos interesses possui maior peso no caso concreto, ainda que, abstratamente, estejam no mesmo nível.<sup>414</sup>

Nessa conjuntura, a ideia de otimização é expressa pelas três sub-regras que compõem a proporcionalidade, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Ressalte-se que esta última corresponde à ponderação.

Assim, com relação ao critério da adequação, somente será adequado aquele meio capaz de alcançar os resultados pretendidos. Será adequado, também, aquele meio pelo qual a realização de um objetivo é promovida, ainda que ele não seja completamente realizado. Já o critério da necessidade exige que não exista nenhum outro meio capaz de alcançar resultado semelhante de modo menos gravoso a um direito fundamental.<sup>415</sup>

A adequação e a necessidade são critérios que consideram as possibilidades fáticas, ou seja, são as questões de prova e os dados técnicos. Não tratam de ponderação, mas buscam evitar restrições desnecessárias a direitos fundamentais.<sup>416</sup>

No entanto, se a medida que busca realizar direito fundamental não pode ser substituída por outra não restritiva, ou menos restritiva, passando pelos testes da adequação e da

---

<sup>413</sup> NETO, Manoel Jorge e Silva. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 96.

<sup>414</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 95.

<sup>415</sup> CARVALHO, Iuri Mattos de. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, nº 16, mai/jun/jul, 2007, pg.11. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

<sup>416</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 132.

necessidade, deve-se realizar a ponderação. Com isso, busca-se otimizar a restrição de direitos fundamentais, tendo em vista as possibilidades jurídicas.<sup>417</sup>

Uma vez ultrapassadas as duas sub-regras, necessário se faz um terceiro exame, ou seja, o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Com ele, há o sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente e que fundamenta a adoção da medida restritiva.<sup>418</sup>

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito ou mandado de ponderação referem-se às possibilidades jurídicas de realização dos princípios. Isto é, na hipótese de colisão de princípios, a efetivação deles dependerá dos princípios opostos, a escolha dos que prevalecerão no caso concreto será deduzida pela ponderação dos princípios em jogo.

Assim, a máxima da proporcionalidade permite, portanto, verificar se o exercício de atividade administrativa e legislativa acabou por restringir, de forma desnecessária e exorbitante, os direitos e garantias fundamentais do cidadão, reconhecendo a norma e os atos administrativos desproporcionais.<sup>419</sup>

Desta maneira, o seu núcleo é o excesso de poder, pois se propõe, justamente, a conter os atos, decisões e condutas que ultrapassem o limite da adequação.<sup>420</sup>

Virgílio Afonso da Silva sustenta que a regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e deve ser utilizada de maneira especial nos casos em que um ato do Estado, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica restrição de outro direito fundamental.<sup>421</sup>

Sua finalidade é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais, ou seja, cuida-se de uma restrição às restrições.

Assim, segundo Robert Alexy, “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. Devem ser seguidas, assim, novas três fases. Na primeira deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A seguir, deve-se comprovar a importância da

---

<sup>417</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 132.

<sup>418</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, nº 798, 2002, p. 24.

<sup>419</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Considerações acerca das máximas da razoabilidade e da proporcionalidade**. Revista do Advogado – Seleções Jurídicas. Rio de Janeiro, ano 12, v. I. 2004, p. 3-19.

<sup>420</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 42.

<sup>421</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos tribunais, nº 798, 2002, p. 3.

satisfação do princípio em sentido contrário. E, por fim, deve ser demonstrada se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não do cumprimento do primeiro.<sup>422</sup>

Semelhantemente, Jorge Reis Novais analisa a restrição aos direitos fundamentais sob três principais ângulos: a) É apta a restrição ao fim a que se destina? Ou seja, a aptidão seria a capacidade de atingir o fim a que se destina; b) É necessária? Assim, a necessidade ou a medida de restrição seria a carga sobre os direitos fundamentais; c) É proporcional? Isto é, haveria alternativa normativa ao direito fundamental menos restritiva ou menos excessiva? Já a proporcionalidade em sentido estrito se basearia na possibilidade de uma análise comparativa com uma alternativa menos gravosa, mesmo que hipotética à medida restritiva. Prossegue o autor Jorge Reis Novais em sua análise quando demonstra a eficácia e o grau de sacrifícios produzidos, ou a relação entre o benefício ou vantagem marginal que a medida restritiva acrescenta e o acréscimo marginal de restrição ou sacrifício na liberdade.<sup>423</sup>

Nessa perspectiva, a ponderação admissível seria entre o benefício alcançado pela medida restritiva do Estado e o sacrifício na liberdade, na autonomia ou no bem-estar. A inconstitucionalidade estaria presente, por desproporcionalidade, quando o sacrifício fosse significativamente maior que o benefício mínimo.

Ressalte-se que a ponderação a ser realizada deve, ao solucionar a controvérsia, levar em consideração a unidade da Constituição e que nenhum dos direitos conflitantes é absoluto, não podendo, assim, prevalecer completamente sobre o outro.

Assim, a solução de um eventual conflito perpassaria necessariamente pelo entendimento de que, somente à luz do caso concreto, do qual se extraem elementos fáticos auxiliares, é que o operador do Direito poderá inclinar-se em favor de uma ou outra garantia.

Portanto, a solução é necessariamente dada em consonância com cada caso concreto, não sendo possível estabelecer juízos abstratos para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais.

Registre-se que são considerados iguais os pesos abstratos dos princípios em colisão, na medida em que se neutralizam, sem qualquer influência, assim, no exercício da ponderação.

---

<sup>422</sup> ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. Revista de Direito Privado. São Paulo, n. 24, out./dez. 2005, p. 334-344.

<sup>423</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 126-133.

Ambos os princípios se referem a direitos fundamentais, fruíveis individual e coletivamente e que exigem defesa e promoção do Estado e da coletividade.

Passando-se ao exame da adequação, o passo inicial é definir se a medida restritiva irá produzir os efeitos pretendidos. Somente será adequado aquele meio capaz de alcançar os resultados pretendidos, como também o meio pelo qual a realização de um objetivo é promovida, ainda que este não seja completamente realizado, conforme já mencionado.

Conforme ressaltam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, os fins perseguidos pelo Estado devem ser legítimos e os meios adotados devem ser aptos para, pelo menos, contribuir para o atingimento dos referidos fins. Mas discute-se na doutrina se o conceito de adequação deve ser forte ou fraco. No conceito forte, a medida somente será adequada se possibilitar a consecução dos fins visados. Para um conceito fraco, é bastante a contribuição da medida, de alguma maneira, para a promoção daquele fim. Esta última posição vem merecendo melhor acolhida pela jurisprudência, em razão de não ser bastante uma única medida para a resolução dos problemas sociais vivenciados, sendo necessária diversas iniciativas harmônicas. A acolhida de um conceito forte de adequação poderia ocasionar a invalidação de medidas que, isoladamente, não fossem suficientes para o equacionamento do problema. Desta maneira, não haveria sentido em proibir o Estado de adotar campanhas contra o desarmamento, pela justificativa de que tais campanhas não são suficientes para acabar com a violência nos Estados. Assim, o conceito fraco deve ser adotado, sendo bastante que a medida contribua positivamente, de alguma maneira, para a realização dos fins legítimos na sua consecução.<sup>424</sup>

Destarte, a questão proposta é: a divulgação nominal de remuneração do servidor seria o meio capaz de alcançar os resultados pretendidos, como também o meio pelo qual a realização de um objetivo é promovida?

A resposta é sim, adotando-se o critério fraco de adequação, muito embora saiba-se que não é razoável a simples divulgação dos dados sem justificativa sólida. Em outras palavras, a divulgação nominal de dados de rendimentos não resulta, por si só, em efetivo controle das contas públicas ou dos pagamentos indevidos. Mas a medida contribui, de alguma maneira, para a realização das finalidades legítimas a que ela se destina. Ressalte-se ainda que a determinação anterior de se publicar anualmente os valores dos subsídios e da remuneração dos cargos e empregos públicos já era consagrada desde a vigência da Emenda Constitucional

---

<sup>424</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 470-472.

nº 19, ainda em 1998.<sup>425</sup> Mas, conforme já afirmado, não é bastante uma única medida para a resolução dos problemas sociais enfrentados pelo Estado.

O segundo passo a ser alcançado é o requisito da necessidade. Assim, se indaga se a medida seria necessária ou se existem alternativas. Sabe-se que a medida é necessária se a realização do objetivo perseguido não puder ser promovida com a mesma eficiência por meio de outro ato que limite em menor medida o direito fundamental a ser atingido.<sup>426</sup> A resposta para a questão é não.

A medida não é necessária, pois existem outras capazes de alcançar o mesmo fim, como, por exemplo, a divulgação dos dados contendo unicamente a matrícula do servidor. Desta forma, haveria uma menor intervenção no direito fundamental perseguido, não sendo essencial a divulgação nominal nos informes de remuneração dos servidores.

Assim, ante o exame do conflito, a necessidade ou a medida de restrição seria a carga sobre os direitos fundamentais, sendo ela extremamente pesada aos direitos fundamentais do servidor, quando deveria ser a menor possível. Esta carga destrói, extirpa, nulifica o direito fundamental à intimidade e privacidade. A carga sobre os direitos fundamentais do servidor deveria ser estritamente necessária à proteção do interesse público, quando na realidade não o é. Se o sopesamento tem por objetivo definir qual dos interesses prevalece no caso concreto, embora abstratamente no mesmo nível, tem-se que a privacidade possui peso maior, pois vinculada mais diretamente a princípio fundante, que é a dignidade da pessoa humana.

No escólio de Jorge Reis Novais:

(...) o princípio da dignidade da pessoa humana funciona, enquanto base em que assenta a República, como referência e critério último da solução dessa questão central em Estado de Direito que é a da composição equilibrada entre valores igualmente dignos de tutela jurídica e que entram em tensão ou em colisão.<sup>427</sup>

A inconstitucionalidade estaria presente pela desproporcionalidade, ou seja, o sacrifício é significativamente maior que o benefício mínimo.

---

<sup>425</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, art. 39, §6º: “Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos”.

<sup>426</sup> Cfr., nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**, 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 72 e Virgílio Afonso da Silva, **O proporcional e o razoável**, Revista dos Tribunais 798 (2002), p. 38.

<sup>427</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina. 2015, p. 61.

Registra-se, pois, que não se consideraram na fórmula da ponderação os princípios da publicidade, da transparência, da moralidade administrativa, muito embora tenham se impregnado às exteriorizações do exame em tela, pois esses três princípios poderiam agregar peso em favor de um dos princípios em colisão. Tal situação é denominada como feixes de princípios por Robert Alexy, que recomenda redobrado cuidado. De fato, seriam necessárias três novas ponderações em separado. Afiança-se, desde já, em rápido exercício de raciocínio, que o resultado para essas três novas ponderações seria o mesmo do ora obtido. Entretanto, as três novas ponderações não serão objeto desta dissertação, mas podem ser feitas sob as mesmas circunstâncias, a qualquer tempo.

Por fim, acrescenta-se que o princípio da concordância prática ou da harmonização, como corolário lógico do Princípio da Unidade Constitucional, é conformado, identificado, quando os direitos fundamentais e valores constitucionais são harmonizados por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos.

Segundo esse princípio, na hipótese de conflito entre bens e valores constitucionalmente protegidos, o intérprete deve preferir a solução que favoreça a realização de todos eles, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros.<sup>428</sup>

É a chamada otimização entre os direitos e valores no equacionamento de uma concordância prática, que deve derivar numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais e/ou valores fundamentais em colisão. Ou seja, busca-se o melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes.

Assim, para a apresentação de solução adequada para igual peso dos princípios em conflito, visando a aplicação do Princípio da Concordância Prática, é necessário assegurar-se o livre acesso à informação, no mesmo mote em que se resguardam os nomes dos titulares da remuneração. Deve-se utilizar a matrícula do servidor para a disponibilização das informações, respeitadas as hipóteses do 5º, incisos. X e XII, da CRFB/88, ou mesmo o art. 31, da LAI, no âmbito infraconstitucional.

A ponderação de bens, enquanto metodologia constitucional adequada, está sujeita a críticas. Alega-se a ausência de linhas seguras que regulem ou orientem a solução dos casos de direitos fundamentais; a imprevisibilidade associada a essa ausência de regulação; a

---

<sup>428</sup> MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. **Os princípios de interpretação constitucional e sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3167, 3mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21213>>. Acesso em: 2 nov. 2013.

manipulação do método e as consequentes ameaças para uma proteção adequada dos interesses e liberdades protegidos pelas normas constitucionais. Mas é fato que não há alternativas, ocorrendo conflitos ou colisões entre direitos fundamentais, como adverte Jorge Reis Novais. Ou não há alternativa preferível, independentemente do nível a que seja feita a ponderação ou do seu momento, pois ela é inevitável.<sup>429</sup>

Conforme refere Gustavo Binenbojm, estamos diante de uma sistemática constitucional cidadã comprometida, assim, com a proteção e promoção dos direitos individuais de maneira ponderada e compatível com a realização das necessidades e aspirações da coletividade como um todo. O Direito Administrativo não tem mais que ser explicado a partir de um postulado de supremacia, mas de proporcionalidade e propõe que sejam percorridas as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para se encontrar o ponto ideal de justa ponderação entre direitos individuais e metas coletivas.<sup>430</sup>

Aliás, em Portugal, o Código de Procedimento Administrativo – CPA/2015<sup>431</sup> estipula, em seu art. 152, o dever de fundamentação dos atos administrativos, em caso de mudança de orientação. Paula Vaz Freire, por sua vez, faz importante advertência relacionada aos limites gerais às restrições aos direitos fundamentais, na acepção de que “o princípio da proporcionalidade constitui um dos princípios gerais do direito da União Europeia”. Por essa razão, qualquer medida restritiva das liberdades fundamentais “só será considerada justificada quando se mostrar adequada para garantir a realização do objetivo que prossegue e não ultrapassar o que é necessário para atingir esse objetivo”.<sup>432</sup>

Desponta, à toda evidencia, o especial tratamento lusitano dado aos documentos nominativos. Nos termos dos artigos 2º, nº 3; art. 6º, nº 5 e art. 8º, c), todos da Lei nº 46/2007, para o acesso aos documentos nominativos, é necessário a demonstração de um interesse direto, pessoal e legítimo, mormente quando incluam dados de saúde do titular da informação. Em caso de terceiro, é necessária uma autorização escrita da pessoa a quem os dados são atinentes ou que seja demonstrado interesse direto, pessoal e legítimo suficientemente

---

<sup>429</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2. ed. 2010, pg. 693-694.

<sup>430</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=228](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=228)>. Acesso em: 19 jan. 2012.

<sup>431</sup> PORTUGAL. ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. **Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro. Código de Procedimento Administrativo**. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&nversao=.](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&nversao=;)>. Acesso em: 27 out. 2015.

<sup>432</sup> FREIRE, Paula Vaz. **Mercado interno e união econômica e monetária: lições de direito econômico da União Europeia**. Lisboa: aafdl, 2013, p. 97.

relevante segundo o princípio da **proporcionalidade**, sendo vedada a sua utilização para fins diversos dos que determinavam o acesso, sob pena de responsabilidade por perdas e danos. Ou seja, o princípio da proporcionalidade é amplamente utilizado tanto em Portugal como na Europa, no trato das restrições às liberdades individuais.

#### **4.5. Da possibilidade de adoção de medidas judiciais pelo servidor público diante da violação da privacidade**

Partindo do pressuposto de que o Direito é uma ciência social aplicada, o conhecimento jurídico não deve se separar da realidade, sob pena de se transformar em conhecimento estéril. Assim, toda investigação jurídica “deverá ter finalidade propositiva, por sua própria natureza de ciências aplicada”.<sup>433</sup> Por esta razão, o presente capítulo objetiva indicar as medidas judiciais colocadas à disposição do cidadão - servidor público - para a salvaguarda de sua privacidade violada pela divulgação de sua remuneração e de seu nome, em lista nominativa por meio da rede mundial de computadores.

Em breves considerações, defende-se, entre as medidas constitucionais cabíveis para assegurar os direitos fundamentais do servidor público a utilização, em tese, da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF, perante o Supremo Tribunal Federal, em sua forma autônoma.

Também, defende-se a utilização, em tese, da ação direta inconstitucionalidade com pedido declaratório de inconstitucionalidade por ação, ADI por ação, perante o Supremo Tribunal Federal contra a Lei nº 12.527/11 - LAI e suas regulamentações (CNJ – Conselho Nacional de Justiça e do CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público).

É importante ressaltar que a utilização de quaisquer dessas medidas encontra, *prima facie*, um obstáculo de ordem processual: a fixação, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 652.777, da tese de que é possível a divulgação nominal da remuneração de servidor público em sítio eletrônico.

---

<sup>433</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. rev. e atual. pela NBR 14.724, de 30/12/2005, da ABNT. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 29.



Em razão deste julgado, é inegável que hoje existe um posicionamento vigente no Supremo Tribunal Federal sobre o tema e, assim, deverá ser observado pelos demais órgãos do Poder Judiciário. A necessidade de respeito ao precedente ocorre em virtude do nosso sistema jurídico da *civil law* estar sofrendo influências do sistema da *common law*, especialmente no que tange à necessidade de ater-se ao decidido (*stare decisis*). Ou seja, havendo um precedente obrigatório prolatado por um Tribunal (*binding precedent*), deve ele ser respeitado.

Assim sendo, qualquer tentativa de renovar a apreciação da controvérsia pela nossa suprema Corte deverá ter o cuidado de explicitar que o caso não merece a aplicação do precedente, o que é possível com a utilização de três institutos também herdados da *commow law*: o *distinguishing* ou *distinguish*, o *overruling* e o *overriding*.

Convém registrar que o *distinguishing*, ou *distinguish* é, em breves linhas, instrumento que permite ao julgador distinguir o caso examinado do precedente judicial existente e, a partir desta análise, avaliar se deve, ou não, aplicar a interpretação já fixada pela Suprema Corte.<sup>434</sup> Este instrumento, na concepção de José do Carmo Veiga de Oliveira, tem o condão de distinguir um caso concreto de outro para efeito de excluir o último daquele que, em tese, serviria de paradigma para o julgamento do caso.<sup>435</sup>

Para Neil Andrews, o *distinguishing* ou *distinguish* é uma técnica que autoriza o julgador a afastar o precedente quando estiver diante de um caso que apresente peculiaridade.<sup>436</sup> Ou seja, o julgador constata que o caso sob análise não guarda total similitude com a hipótese para a qual se criou o precedente e, diante dessa constatação, deixa de aplicar o precedente. Nestes casos, não houve o abandono do precedente, mas tão somente o reconhecimento de que o caso a ser julgado não admitia sua aplicação, pois, apesar de parecido, guardava especificidades.

---

<sup>434</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1337.

<sup>435</sup> OLIVEIRA, José do Carmo Veiga de. **A força do efeito vinculante no novo CPC: mercado, economia, globalização, sistema judiciário e direitos humanos fundamentais**. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016, p. 293.

<sup>436</sup> ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil brasileiro: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 17-18.

Já o *overruling* funciona como um “antídoto ao engessamento do pensamento jurídico”<sup>437</sup>, possibilitando ao Supremo Tribunal Federal rever seus posicionamentos. Entre as razões que podem levar à alteração de um precedente, podemos citar a mutação da realidade social que a Corte considerou ao decidir.<sup>438</sup> No *overruling*, há a superação do precedente, representando uma virada de entendimento, pois o Tribunal finaliza a aplicação de um entendimento e passa a aplicar um novo, em razão da atual realidade oriunda de novos casos julgados sobre a matéria.<sup>439</sup> Assim, o *overruling* ocorre quando há uma superação total do precedente, assemelhando-se a uma revogação total de uma lei pela outra.

No escólio de Fredie Didier Jr., cuida-se de técnica por meio da qual um precedente perde a sua força vinculante (*overruled*) e é substituído por um outro precedente. Essa substituição pode ser expressa (*express overruling*), quando o tribunal passa a adotar, expressamente, uma nova orientação, abandonando a anterior; ou tácita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última.

Explica o autor que a decisão que invocar o *overruling* necessita de uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não levantados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente, em hipóteses como: i) estar obsoleto e desfigurado o precedente; ii) ser injusto e/ou incorreto e iii) se revelar inexecutável em sua prática.<sup>440</sup>

Por último, destaca-se o *overriding*. Este ocorre quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal.<sup>441</sup> A rigor, há uma superação parcial do precedente, semelhante a uma revogação parcial da lei. Não há superação total do precedente.

Cumprе anotar que o *overruling* e o *overriding* são técnicas que evitam a petrificação do direito, arejando o sistema e o mantendo atualizado. Deste modo, permite-se a inafastável

---

<sup>437</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4060/SC**. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento em 25.2.2015. Publicação 4.5.2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8340395>>. Acesso em 1 fev.2016.

<sup>438</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 931.

<sup>439</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quiescit movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 179.

<sup>440</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 4 ed. Salvador: JusPodivum, 2009, p. 395-397.

<sup>441</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 4 ed. Salvador: JusPodivum, 2009, p. 396.

flexibilidade do ordenamento jurídico da *common law*, imprescindível à evolução e ao progresso do direito.<sup>442</sup>

Feitas essas observações, passa-se a explicitar as principais características da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação que não encontra correspondente perfeito no Direito Comparado, embora existam institutos que lhe sejam semelhantes.<sup>443</sup> Em seguida, será analisada a ação direta inconstitucionalidade com pedido declaratório de inconstitucionalidade por ação, ADI por ação.

#### 4.5.1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Anota-se, inicialmente, que a Constituição da República Federativa do Brasil possui como característica a sua rigidez, pois, para alteração de suas normas, exige-se processo legislativo complexo. Ela se encontra em posição de destaque, acima das demais normas, e daí emana o princípio da supremacia da Constituição.

A inconstitucionalidade pode manifestar-se por ação ou omissão do Poder Público. Em se tratando de inconstitucionalidade por ação, constata-se as inconstitucionalidades materiais e formais. A primeira ocorre quando uma norma é elaborada em desacordo com o seu conteúdo substancial previsto para as normas constitucionais. A segunda decorre de não observância de procedimento legislativo regular ou quando a norma é originária de órgãos legislativos sem competência para tanto. Por sua vez, a inconstitucionalidade por omissão se dá em virtude de inércia do Poder Público em complementar a norma proveniente do Constituinte Originário, tornando-se, assim, dependente de complementação para a sua concretização.

O controle de constitucionalidade na espécie é realizado em dois momentos. O primeiro, de modo preventivo, por meio das Comissões de Constituição e Justiça do Poder Legislativo ou por meio de veto do Chefe do Poder Executivo a projetos que entender inconstitucionais.

---

<sup>442</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 141 *et seq.*

<sup>443</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 327.

O segundo, de forma repressiva, se dá pelo Poder Judiciário, uma vez provocado, de forma difusa ou concentrada. O controle concentrado distingue-se pela possibilidade de declarar-se a inconstitucionalidade por um único e exclusivo órgão do Poder Judiciário, *in casu*, o STF, mas de forma abstrata, em processo chamado objetivo, pois não há partes. O controle difuso caracteriza-se pela possibilidade de declarar-se a inconstitucionalidade por qualquer órgão do Poder Judiciário de lei ou ato normativo, em determinado caso concreto. O controle concentrado ainda se diferencia, pois a decisão de inconstitucionalidade possui eficácia *erga omnes* e vincula toda administração, inclusive o próprio Poder Judiciário. No controle difuso, a decisão possui eficácia entre as partes na relação processual submetida à apreciação do Poder Judiciário. Mas, em momento posterior, a eficácia da norma pode ser suspensa por ato do Senado Federal.

A Constituição brasileira de 1988 trouxe os direitos fundamentais, por ela tutelados e garantidos, verificando-se tentativa de refinar o sistema de constitucionalidade, com o aumento do rol dos legitimados ativos para um melhor controle de constitucionalidade.

A ação direta de inconstitucionalidade foi regulamentada pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi implantada, de fato, por meio da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é instituto novo no direito brasileiro, transformado em parágrafo 1º, em decorrência da Emenda Constitucional nº 3/93, que eliminou o parágrafo único do art. 102, da Constituição brasileira, dividindo-o em dois parágrafos. É assim expressa: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

A ADPF cuida-se de espécie de ação constitucional coletiva de conhecimento, com provimento de natureza declaratória, dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante contra todos (art. 10, § 3º, da Lei da Arguição), produzindo ainda efeito retroativo (*ex-tunc*), retroagindo à data da entrada em vigor da lei, ato normativo ou ato do Poder Público declarado inconstitucional, salvo decisão em sentido contrário de 2/3 (dois terços) dos Ministros do STF. Esta ação está colocada à disposição dos legitimados relacionados no art. 103, da CRFB/88, para que eles possam pleitear junto à Suprema Corte provimento declaratório de descumprimento de preceito fundamental, visando o saneamento de lesividades. Em seu procedimento, a ação segue um rito sumário diferenciado, e a ação tem por objetivo a tutela de interesse coletivo legítimo decorrente do descumprimento de preceito

constitucional fundamental. A concessão de liminar em sede de ADPF está regulamentada no art. 5º da Lei nº 9.882/99.<sup>444</sup>

Os legitimados para a propositura da ação de descumprimento de preceito fundamental são os mesmos para a ação direta de inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional.

A legislação que regulou o rito desta ação constitucional propiciou um controle concentrado-incidental junto ao Supremo Tribunal Federal, possibilitando a resolução de discussões relevantes, constantes em qualquer feito judicial concreto, evitando a postergação por uma solução após longos anos. Possibilitou também o controle abstrato de atos infralegais e concretos de quaisquer entes políticos (União, Estado e Municípios), e em especial sobre a legitimidade constitucional do direito ordinário preexistente em face da nova Constituição, na lição de Dirley da Cunha Júnior, que até o momento, em virtude de um equivocado entendimento jurisprudencial do STF, somente poderiam ser veiculados mediante o uso do recurso extraordinário.<sup>445</sup>

Para a proteção especial dos direitos fundamentais, um parâmetro foi criado para limitar a proteção das normas constitucionais definidoras destes direitos nesta ação constitucional. Exigia-se uma estrutura própria de tutela, em face da importância destes preceitos para o equilíbrio e subsistência do Estado e da Sociedade. Esta ação constitucional é especialmente destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, visando proteger exclusivamente os preceitos constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do poder público.

Estes preceitos fundamentais traduzem-se em categorias normativas compreendendo normas-princípios e normas-regras, aquilo que a Constituição tem de mais relevante e que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado.

---

<sup>444</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 847 e 859-860.

<sup>445</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPosdivm, 2013, p. 586.

No escólio de José Afonso da Silva, a concepção de preceitos fundamentais é a mais ampla possível, abrangendo a estes e a todas as prescrições que dão sentido básico do regime constitucional, como, por exemplo, as normas que apontam para a autonomia dos Estados e as referentes a direitos e garantias fundamentais (título II).<sup>446</sup>

Conforme Hely Lopes Meireles, não se pode negar a qualificação de preceitos fundamentais aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, da CRFB/88) e aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, §4º, da CRFB/88, ou seja, o princípio federativo, a separação de poderes e o voto secreto, universal e periódico. A própria Constituição ainda explicita os princípios sensíveis, cuja violação pode ensejar a decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII, da CRFB/88).<sup>447</sup>

Essas normas veiculam os valores mais importantes de uma sociedade dinâmica, em pleno desenvolvimento, não havendo sentido para o legislador engessar em rol taxativo as normas máximas da ordenação constitucional sujeitas à proteção pela via de arguição.

Prevê o art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99, que não será admitida arguição de cumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade, conferindo-se a esta ação constitucional o caráter de subsidiariedade.

Dirley da Cunha Júnior entende flagrantemente inconstitucional o caráter de subsidiariedade conferido a esta ação constitucional pelo legislador ordinário, muito embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já tenha se posicionando em sentido contrário, de tal modo que ela somente será admitida se não houver no ordenamento jurídico nacional outra ação capaz de efetivamente afastar a lesão a preceito fundamental. Ou seja, outras ações, com eficácia vinculante e *erga omnes*, devem ser utilizadas para a defesa dos preceitos fundamentais, relegando-se a segundo plano a ADPF. Assim, somente deverá ser manejada esta ação quando não admitida nenhuma daquelas ações. Intensos debates têm sido gerados sobre tal posicionamento.<sup>448</sup>

É preciso esclarecer que nesta ação não se discute interesses subjetivos, mas, em virtude de seu amplo objeto, a arguição pode alcançar as decisões judiciais que violem preceito fundamental, como ocorre com o recurso extraordinário quando a decisão judicial contrariar

---

<sup>446</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. Rev. E atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 568.

<sup>447</sup> MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 36. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2014, p. 659.

<sup>448</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPosdivm, 2013, p. 588-589.

dispositivo da Constituição (art. 102, III, a, da CRFB/88). De tal modo, é cabível a propositura da ADPF para se evitar lesão a preceito fundamental resultante desse ato judicial do Poder Público, desde que o referido ato não esteja atingido pelo manto da coisa julgada.<sup>449</sup>

Disposição interessante na legislação, notadamente, no art. 2º da Lei nº 9.882/99, faculta ao interessado solicitar, mediante representação, ao Procurador-Geral da República, a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Mas tal circunstância não garante o ajuizamento da ação, por força da independência funcional do Ministério Público. Apesar da legislação nada dispor sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, por analogia ao art. 7º, §2º, da Lei 9.868/99, admitiu a intervenção do *amicus curiae* na ADPF.<sup>450</sup>

São duas as modalidades de arguição de descumprimento de preceito fundamental usualmente classificadas como autônoma e incidental. A primeira, prevista no *caput* do art. 1º da Lei 9.882/99, possui caráter de verdadeira ação de controle concentrado de qualquer ato do Poder Público, sendo possível de ser manejada para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da CRFB/88.

A arguição incidental de descumprimento de preceito fundamental, contida no art. 1º da Lei 9.882/99, parágrafo único, inciso I, a seu turno, trata-se de forma de controle concreto de constitucionalidade, no controle difuso, que envolvam lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição<sup>451</sup>, em razão de processo já existente em que há controvérsia relevante acerca da aplicação da lei ou ato normativo em face de um preceito constitucional fundamental, a fim de possibilitar que o Supremo Tribunal Federal conheça de imediato da questão constitucional aventada e afaste a insegurança jurídica porventura exsurgida da contenda. É considerada arguição incidental, pois pressupõe, como requisito de admissibilidade, a existência de controvérsia sobre a lesão a preceito constitucional fundamental.

No escólio de Luiz Guilherme Marinoni, enquanto a arguição autônoma pode questionar qualquer ato do Poder Público, a arguição incidental é restrita à lei ou ato normativo cuja definição de constitucionalidade é imprescindível à resolução do mérito da ação concreta.<sup>452</sup>

---

<sup>449</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPosdivm, 2013, p. 614.

<sup>450</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 MC/DF**, DJU 2.8.2004.

<sup>451</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev. ampl. e atual. até a EC 76/2010 e em consonância com a jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1009.

<sup>452</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.1206.

A ampliação do objeto da arguição em relação aos demais instrumentos de controle se deu diante da abertura semântica da expressão “ato do Poder Público”, constante do art. 1º da Lei 9.882/99, compreendendo-se dentro de tais atos as **decisões judiciais**<sup>453</sup>, como atos do poder público sem natureza normativa impugnável.

No que se refere às decisões judiciais, o seu tratamento no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental deve ser realizado em dimensão dupla, ou seja, estas decisões podem ser objeto de pedido liminar de suspensão de seus efeitos ou pedido final de mérito.

Divergências anteriores ocorreram, envolvendo a questão da subsidiariedade da ação (Art. 4º, §1º, da Lei de Arguição) e as decisões judiciais como objeto de impugnação em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Mas ao analisar a ADPF nº 101, proposta pelo Presidente da República contra um conjunto de decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados, o Supremo Tribunal Federal, em 11 de março de 2009, conheceu da arguição, por maioria de votos. A Suprema Corte entendeu que a multiplicidade de decisões judiciais conflitantes sobre um determinado tema, configuraria violação do princípio da segurança jurídica, com ameaça a preceito fundamental. Assim, restou consolidado o entendimento na ADPF nº 101, de que é cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental para a impugnação de um conjunto de decisões judiciais conflitantes desde que: (i) não seja cabível ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade; (ii) haja lesão ao interesse público; (iii) a questão não possa ser resolvida com a agilidade e uniformidade necessárias nas vias processuais comuns; (iv) ocorra ameaça ao princípio da segurança jurídica. Desta maneira, em havendo um conjunto de decisões judiciais conflitantes, ainda não transitadas em julgado, e,

---

<sup>453</sup> No que refere a ato judicial, há certa controvérsia doutrinária, embora a corrente majoritária entenda ser cabível contra os mesmos. Nesse sentido, de acordo com a corrente majoritária, é o posicionamento de Gilmar Mendes que defende a possibilidade de: 1) lesão a preceito fundamental da Constituição em virtude de decisão judicial sem base legal (ou fundada em falsa base legal); 2) ocorrência de lesão a preceito fundamental fundada em interpretação judicial de texto constitucional. Nesses termos, essa lesão também seria passível de ADPF: [...] Assim, o ato judicial de interpretação de um preceito fundamental poderá conter violação da norma constitucional. Nessa hipótese, caberá a propositura da arguição de descumprimento para afastar a lesão a preceito fundamental resultante desse **ato judicial do Poder Público**, nos termos do art. 1º da Lei 9.882/99. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1160-1161. Um exemplo de ADPF contra ato do Poder Judiciário pode ser encontrado na ADPF nº 6, de relatoria do Min. Celso de Mello.



cumulativamente, estiverem presentes os requisitos retro indicados, será cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental.<sup>454</sup>

Desta maneira, uma das importantes atribuições da arguição de preceito fundamental é possibilitar o conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de ação autônoma, diretamente, ou incidentalmente, em abreviado período de tempo. Nas ações incidentais questões debatidas nas instâncias inferiores somente chegariam à Corte constitucional após passarem por decisões até conflitantes de instâncias inferiores, objetivando dirimir controvérsias de cunho eminentemente constitucional, que é missão da Suprema Corte.

Assim, defende o Ministro Gilmar Mendes que o princípio da subsidiariedade desta ação deve ser mitigado ou receber interpretação compreensiva, na via incidental, pois esta disposição não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido (decisão com efeito entre as partes).<sup>455</sup>

Espera-se, deste modo, uma guinada definitiva na jurisprudência, para possibilitar a expansão do juízo de admissibilidade da arguição de preceito fundamental na via incidental, pois dessa maneira questões importantes das instâncias ordinárias poderiam ser objeto de céleres decisões da Corte Suprema, com eficácia *erga omnes* e vinculação a todos os órgãos do Poder Público, com resolução de controvérsias de natureza eminentemente constitucional que circundam essas causas, além de propiciar maior segurança jurídica à sociedade.

#### 4.5.2. Ação direta de inconstitucionalidade por ação – ADI por ação

Outra ação possível, em contrapartida, seria a ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por ação, ADI por ação, em face da Lei nº 12.527/2011 e regulamentações do CNJ e CNMP, cuja previsibilidade é a constante do art. 102, I, *a*, e seu §2º, da CRFB/88.

---

<sup>454</sup> CAMPOS, Gisele de Assis. **As decisões judiciais como objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Revista Âmbito Jurídico, Dez. 2005. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6802](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6802).> Acesso em: 1 dez. 2015.

<sup>455</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei nº 9.882, de 03.12.1999**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 19.

A legislação no plano infraconstitucional, Lei nº 9.868/99, estabeleceu o seu procedimento e julgamento, prevendo a possibilidade de concessão de medida cautelar, nos termos de seus artigos 10 e 12. Neste caso, a lei anterior, porventura existente, volta a ser aplicável, ocorrendo o efeito repristinatório, salvo expressa manifestação em sentido contrário.<sup>456</sup> Assim, uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal, estadual, a decisão produzirá, em regra, efeitos gerais, *erga omnes*, repristinatório, vinculante e retroativo (*ex-tunc*).<sup>457</sup>

Nos termos do art. 23, da Lei nº 9.868/99, a norma impugnada será considerada inconstitucional se a decisão que a reconhecer alcançar a maioria absoluta dos votos dos Ministros do STF. O quórum para o julgamento será de oito Ministros e o quórum para a decisão será de seis Ministros.<sup>458</sup>

Cuida-se de espécie de ação constitucional por meio da qual os legitimados ativos, distinguidos no art. 103, da CRFB/88, estabelecem o pedido diretamente à Corte Constitucional (STF), visando declaração em abstrato de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual que infrinja a Constituição. É ação de conhecimento de natureza declaratória, positiva ou negativa, considerando a sua natureza dúplice (art. 24, da Lei nº 9.868/99). A decisão proferida possui como objetivo a tutela em abstrato do interesse coletivo legítimo decorrente da exigência de conformação das leis e comandos normativos federais e estaduais com a Constituição.

O procedimento adotado na referida ação é o sumário diferenciado, sendo possível imprimir-se rito mais célere para que a questão seja rapidamente julgada (art. 12 da Lei nº 9.868/99).

Como já afirmado, a declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle concentrado ou abstrato, produz efeito retroativo, *ex-tunc*, retroagindo até a data da vigência da norma impugnada e declarada inconstitucional. Mas o Supremo Tribunal Federal poderá, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus Ministros, restringir os efeitos da decisão ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (art. 27, da Lei nº 9.868/99). Desse modo, com a presença destes dois requisitos, ou seja, maioria de 2/3 e

---

<sup>456</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 101/503.

<sup>457</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 270.

<sup>458</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev. ampl. e atual. até a EC 76/2010 e em consonância com a jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 972.

razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal poderá manipular os efeitos da decisão para restringir os efeitos e determinar que o julgado somente tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado.

Em sede de controle difuso e incidental, o efeito também é *ex-tunc*, mas se dá apenas entre as partes. Em havendo suspensão pelo Senado Federal (art. 52, X, da CRFB/88) de execução de norma declarada inconstitucional em controle difuso e incidental pelo STF, os efeitos gerais dessa suspensão pelo Senado atingirão a todos (*erga omnes*), a partir da publicação pelo Senado. Esses efeitos não retroagirão, sendo, portanto, *ex-nunc*. Há entendimentos em sentido contrário, entendendo que o efeito seria *ex-tunc*.<sup>459</sup>

Conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, os efeitos vinculantes de decisões exaradas em ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade *transcendem* o caso singular e não se limitam à parte dispositiva da decisão, e assim também alcançam as *razões determinantes da decisão proferida*, ou seja, a *ratio decidendi*, vinculando todos os juízos e tribunais à decisão e o próprio STF, inexistindo possibilidade de nova análise contestatória da matéria julgada. Não produz efeito vinculante, entretanto, junto ao Poder Legislativo, conforme exclusão legal e constitucional, pois o legislador pode produzir nova lei sobre a matéria.

Em ocorrendo a declaração de inconstitucionalidade parcial de lei ou ato normativo, os efeitos vinculatórios serão limitados ao dispositivo apontado como inconstitucional, mas somente se ocorrer a possibilidade de isolamento lógico e jurídico da norma impugnada.

A inconstitucionalidade emana de uma relação de contrariedade entre determinado comando normativo ou entre determinado comando normativo omissivo e a Constituição, e, neste último caso, a ação cabível é a ADI por omissão. O julgado tem eficácia *erga omnes*, declarando a invalidade e retirando a vigência da norma impugnada em todo o território nacional.

A legitimidade ativa é a mesma para a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF, constante do art. 103, da CRFB/88. A legitimidade passiva é questão polêmica, uma vez que reconhecida por parte da doutrina que esta legitimidade caberia aos órgãos e autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo, sustentando-se ainda que o

---

<sup>459</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 197.

Advogado-geral da União atuaria como curador especial na defesa do ato impugnado, conforme disposição do art. 103, §3º, da CRFB/88.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a defesa da lei ou ato impugnado pelo Advogado-geral da União deve ser visto com temperamentos, pois o Advogado-geral da União não está obrigado a defender a tese jurídica se sobre ela a Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade.<sup>460</sup>

Há obrigatoriedade da intervenção do Procurador-Geral da República, o que sempre deverá ocorrer, funcionando ele como fiscal da ordem jurídica constitucional democrática, desde que não seja ele o autor da ação constitucional, consoante art. 103, § 1º, da CRFB/88.

A intervenção do *amicus curiae* é possível e o objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões exaradas pelo Poder Judiciário, consubstanciando a sua atuação em auxiliar no apoio técnico ao magistrado.<sup>461</sup>

Em virtude de algumas semelhanças entre as leis que tratam da ação direta de inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/99) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei nº 9.882/99), convém ressaltar que as duas trazem a viabilidade de declaração de inconstitucionalidade com um quórum qualificado de 2/3 (dois terços) dos membros do STF, cuidando-se ambas de forma de controle concentrado de constitucionalidade. O deferimento de cautelar é admissível, advindo a suspensão da norma impugnada, nos efeitos *erga omnes* e vinculante aos poderes, à exceção do Legislativo. O recurso de agravo será cabível do indeferimento da petição inicial. A decisão que julgar procedente o pedido em ambas as ações é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória. A intervenção do Procurador-geral da República é obrigatória em ambas as ações, sendo admissível o recurso de reclamação contra o descumprimento da decisão proferida, consoante regimento interno do STF.

Mostra-se extremamente positiva a possibilidade de suspensão de qualquer feito, por parte do STF na arguição incidental, na forma do art. 5º, §3º, viabilizando-se, somente, a suspensão de discussão de questão constitucional até pronunciamento do STF, com o seguimento da lide, sem qualquer alteração, pois a questão constitucional deverá ser arguida em caráter principal perante o STF, que detém a competência para questões constitucionais.

---

<sup>460</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1616/PE**, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 24.08.01, p. 41.

<sup>461</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Aspectos processuais da ADIN e da ADC**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPosdivm, 2013, p. 504-505.

#### 4.6. A aplicação dos cânones da hermenêutica constitucional – uma releitura

Constatada a deficiência com que o tema é tratado pela nossa Corte Constitucional, faz-se necessária uma releitura da compreensão da norma constitucional para solução de conflitos: o Neoconstitucionalismo. No caso em tela, como já visto, a interpretação equivocada do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Suspensão de Segurança nº 3.902 (9.6.2011), seguida da vigência da Lei nº 12.527/11 – LAI (16.5.2012), colocou em tensão o direito de acesso à informação administrativa e o direito à privacidade. Solucionar tal questão implica aprofundar-se nesta proposição.

Os cânones da interpretação constitucional são, segundo Uadi Lammêgo Bulos, fórmulas de persuasão que permitem a justificação de um posicionamento, de modo “isento, científico e fundamentado”.<sup>462</sup> Convém advertir que, na presente dissertação, optou-se pela utilização da expressão “cânones de interpretação”, em vez de “princípios de interpretação”, uma vez que tais métodos de interpretação da Constituição são diretrizes com caráter heurístico, não possuindo qualquer carga normativa.

Se, de acordo com o neoconstitucionalismo, a Constituição é o centro do ordenamento jurídico, não há que se falar em interpretação jurídica sem parâmetros constitucionais. O neoconstitucionalismo visa exatamente trabalhar com ênfase, a partir da máxima efetividade da norma constitucional. O devido acatamento ao comando constitucional privilegia sua força normativa, impedindo que a Constituição de um país seja tão somente “a soma dos fatores reais que regem o poder nesse país”.<sup>463</sup>

Nesses termos, para a correta análise do conflito sobre o qual versa a presente dissertação – direito à informação *versus* direito à privacidade –, é possível aplicar os cânones de interpretação constitucional desenvolvidos por Konrad Hesse, na obra Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.<sup>464</sup> Tais cânones, segundo Konrad

---

<sup>462</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 459.

<sup>463</sup> LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Edições e Publicações Brasil. São Paulo, 1933. E-book. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/constituicaol.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2015.

<sup>464</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

Hesse<sup>465</sup>, são os da unidade da Constituição, da concordância prática, da exatidão funcional, do efeito integrador, da força normativa da Constituição e da interpretação conforme a Constituição. Parte da doutrina<sup>466</sup> acrescenta a este rol os cânones da proporcionalidade e da máxima efetividade.

Vale registrar a advertência feita por Uadi Lammêgo Bulos<sup>467</sup> de que:

(...) não existe critério matemático para levar o intérprete a dar relevância jurídica a alguns eventos e ignorar outros. Isso, entretanto, não descarta a enorme utilidade de todos os artifícios hermenêuticos, postos ao dispor do intérprete, para desvendar o significado das normas constitucionais.

O cânone da unidade da Constituição, também conhecido como cânone da unidade hierárquico-normativa da Constituição<sup>468</sup>, explicita que a interpretação deve ser feita tomando toda a Constituição como parâmetro e, nunca, apenas alguns de seus trechos. Evita-se, dessa maneira, que uma mesma hipótese, quando submetida à interpretação, alcance diferentes conclusões constitucionais, primando-se pela coerência do texto constitucional. Segundo Uadi Lammêgo Bulos, em tal cânone não se aceita a tese de “que existe hierarquia entre normas constitucionais originárias, isto é, a teoria das normas constitucionais inconstitucionais” (STF, Pleno, ADin 815-3/RS, Rei. Min. Moreira Alves, decisão de 20.3.1996, DJ, I, de 10.5.1996, p. 15131).<sup>469</sup>

O cânone da concordância prática ou harmonização significa que inexistente preferência de qualquer bem constitucional sobre o outro, razão pela qual eventuais tensões entre bens jurídicos devem ser solucionadas por meio de “uma redução proporcional, de modo que a aplicação de uma norma não implique a sacrifício ou extirpação total da outra norma.”<sup>470</sup> Embora grande parte da doutrina nacional sustente que esse princípio conduz à ponderação de bens constitucionais, Konrad Hesse repudia tal comparação, pois, para ele, a ponderação cai “sempre no perigo de abandonar a unidade da Constituição”.<sup>471</sup>

---

<sup>465</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p.65-69.

<sup>466</sup> Ver. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**.

<sup>467</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 453.

<sup>468</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 459.

<sup>469</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 459.

<sup>470</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. ampl. e atual. até a EC 76/2010 e em consonância com a jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 172.

<sup>471</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 67.

Em virtude dessa ressalva feita por Konrad Hesse, a concordância prática deve ser aplicada como pura decorrência do primeiro princípio – da unidade da Constituição. Devem ser traçados limites aos bens constitucionais em colisão, para que ambos alcancem uma eficácia ótima.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos<sup>472</sup>, “a concordância prática também se irmana com a metódica normativo-estruturante de Friedrich Müller, em que o intérprete não pode segregar o programa normativo do pedaço de realidade social”.

Já o cânone denominado efeito integrador indica, nas palavras de Konrad Hesse, que:

(...) se para a Constituição é importante a produção e conservação da unidade política, então isso significa a necessidade de, na resolução de problemas jurídico-constitucionais, dar a preferência aqueles pontos de vista que produzem efeito criador e conservador da unidade. Naturalmente, esse resultado dado não pode então ser decisivo, se ele pudesse ser alcançado “em vias não precisamente constitucionais”, porque, com isso, o limite da interpretação constitucional será excedido.<sup>473</sup>

Sobressai dessa conceituação o fato de que o efeito integrador se relaciona com a própria unidade da Constituição, uma vez que sua aplicação está limitada aos pontos de vista que não são estranhos à Constituição.<sup>474</sup>

A exatidão funcional é o cânone de interpretação constitucional que exige dos órgãos responsáveis pela tarefa interpretativa o respeito ao sistema de repartição de competências previamente delineado pelo constituinte.

Dessa maneira, este cânone evita que, sob o pretexto de concretizar determinado preceito constitucional, ocorra a deturpação do sistema de divisão de competências entre os poderes constituídos. Por essa razão, José Joaquim Gomes Canotilho adverte que esse princípio tende “a ser considerado mais como um princípio autônomo de competência do que como um princípio de interpretação da Constituição”.<sup>475</sup> Em razão de sua significação, é largamente utilizado para combater o ativismo judicial, impedindo que o Poder Judiciário atue em campos reservados aos Poderes Legislativo e Executivo.

Konrad Hesse aborda o cânone da força normativa da Constituição. Este significa que, na solução de problemas constitucionais, devem ser utilizados os argumentos que

<sup>472</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 460.

<sup>473</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 68.

<sup>474</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 68.

<sup>475</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1225.

proporcionem uma eficácia máxima. Diante da existência de vários pontos de vista, deverão ser identificados e utilizados aqueles que conferem “força de efeito ótima” à norma constitucional.

Há que se registrar o cânone da interpretação conforme a Constituição que, segundo os ensinamentos de Konrad Hesse, indica que não deve haver a declaração de nulidade de uma lei quando, entre as diversas interpretações possíveis, uma estiver em consonância com o texto constitucional. Ou seja, em razão da abertura semântica da norma, é possível a coexistência de múltiplas interpretações; havendo essa multiplicidade de interpretações, o aplicador poderá se deparar com algumas que guardam consonância com a Constituição e outras que não guardam. Nessas situações, não se exigirá a declaração de nulidade da norma, bastando que se afastem as interpretações eventualmente contrárias à Constituição.

É fundamental a advertência de que, na prática constitucional brasileira, esta interpretação conforme a Constituição tem se revelado não como um cânone interpretativo, mas, sim, como uma técnica de julgamento largamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, vale citar o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, no qual a Suprema Corte interpretou a Lei nº 9.311/06, a Lei Complementar nº 105/01 e o Decreto nº 3.724/01 conforme a Constituição, apontando como interpretação violadora da norma constitucional a que implicasse afastamento do sigilo bancário do cidadão sem ordem judicial.

O cânone da proporcionalidade ou a máxima da proporcionalidade propicia a restrição de abusos, arbitrariedades, e excessos na atuação do poder público, sob a égide de três sub-regras: a da adequação; a da necessidade; e a da proporcionalidade em sentido estrito. Presente se achará a adequação se a medida em análise cumprir, ao menos em parte, os fins que almeja; haverá necessidade caso não se verifique outro meio igualmente efetivo e menos danoso a direitos fundamentais de se alcançar os objetivos pretendidos. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito será respeitada caso, em uma ponderação de custo-benefício, os ônus oriundos da medida sejam menores que os benefícios os quais pretende produzir.

O cânone da máxima efetividade, ou máxima efetividade interpretativa, transcorre na hipótese de o intérprete-aplicador encontrar-se vinculado, verificando um cenário de dúvida sobre o exato sentido interpretativo das normas, a conferir-lhes a máxima efetividade interpretativa. Deste modo, são possíveis a obtenção de quatro aplicações concretas em sede de direitos fundamentais, no escólio de Paulo Otero:



1) em face de dois sentidos contrários de uma determinada norma jusfundamental, um que leve a uma solução ampliativa e um outro que leve a uma solução mais limitativa do campo de proteção dessa norma, o intérprete-aplicador está obrigado a optar pela solução interpretativa que se mostre mais generosa com o direito fundamental em discussão; 2) Da mesma maneira, entre dois sentidos ampliativos do campo de proteção dessa norma, verificando-se que um deles se compatibiliza com a eficácia de outros direitos fundamentais, ao passo que o outro sentido envolve a limitação ou remoção (total ou parcial) da eficácia de direitos fundamentais conexos, o intérprete-aplicador tem sempre de preferir a solução interpretativa que melhor se adeque à preservação da eficácia do maior número de direitos fundamentais; 3) De maneira semelhante, a interpretação de qualquer norma restritiva de direitos fundamentais que levante dúvidas sobre o referido campo de restrição deverá sempre levar à preferência pela solução interpretativa, que limitando o campo de incidência da restrição, expanda o direito em discussão, procedendo-se, desta maneira, a uma restrição das restrições; 4) Da mesma maneira, em face de situações de suspensão de direitos fundamentais, qualquer dúvida de interpretação sobre as normas estabelecedoras do estado de exceção constitucional, deve ser esclarecida no sentido de se preferir a solução interpretativa que, limitando o campo de operatividade da suspensão, maior alcance de proteção confira às normas constitucionais sobre direitos fundamentais. Nas hipóteses acima mencionadas, em se adotando suas soluções, garante-se, com certeza, a máxima efetividade das normas envolvendo direitos fundamentais, assegurando-se uma eficácia reforçada das normas constitucionais de um Estado de direitos humanos.<sup>476</sup>

Diante desses cânones da interpretação constitucional, entende-se que a decisão que pretende enfrentar o conflito entre o direito de acesso à informação administrativa e a privacidade do servidor público deverá utilizá-los. Caso contrário, existe o risco de se ver maculada a decisão pela ausência de fundamentação.

Vale a ressalva de que a presente dissertação não propõe um método como um fim em si. De forma muito menos pretensiosa e sabedora de que os problemas constitucionais não podem ser resolvidos como fórmula matemática, o que se propõe é uma nova releitura da compreensão da norma a partir dos princípios neoconstitucionalistas.

---

<sup>476</sup> OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina. Vol.1. 2009. p. 594-595.

Negar o devido cuidado às questões constitucionais representa um vício na decisão por ausência de fundamentação, além de subtrair do jurisdicionado o direito a uma ordem constitucional democrática.<sup>477</sup>

Voltando ao problema central da dissertação e munidos dos “cânones” acima estudados, é possível perceber que a divulgação nominal dos salários dos servidores públicos não sobrevive a uma interpretação técnica, isenta e fundamentada.

Isso porque divulgar o salário de um servidor público vinculado ao nome do ocupante do cargo impede que a Constituição alcance sua eficácia máxima, pois, a pretexto de se garantir o direito fundamental de acesso à informação, aniquila-se o direito fundamental à privacidade. Observe-se que a divulgação do salário vinculado apenas ao número de matrícula é medida que, ao mesmo tempo, privilegia o acesso à informação e resguarda a privacidade e intimidade do servidor público. Esta interpretação é a que consegue manter a unidade da Constituição, harmonizar praticamente os direitos em colisão no caso concreto, respeitar a prévia demarcação de competências, impedindo que o Poder Judiciário invada a esfera de competência do Legislativo, garantindo-se ainda a máxima efetividade interpretativa das normas de direitos fundamentais constitucionais.

Aparentemente, ao permitir que os salários sejam divulgados com vinculação ao nome do servidor público, a consciência dos responsáveis pela vida constitucional não estava ocupada pelo que Konrad Hesse denomina de “vontade de constituição” (*willeZurverfassung*), que é pressuposto para que a Constituição adquira força ativa.<sup>478</sup>

Como bem advertido pelo jurista alemão, a Ciência Constitucional desempenha adequadamente seu papel “não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder”.<sup>479</sup>

Pode-se afirmar, portanto, que a divulgação nominal dos salários dos servidores evidencia um *déficit* de legitimidade entre aquilo que foi produzido democraticamente e aquilo que os juízes pensam – por mera opção – que deveria ser a norma.

---

<sup>477</sup> Ela se esvai quando não respeitado o dever de prestação de contas (accountability).

<sup>478</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (*Die normative kraft der Verfassung*). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

<sup>479</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (*Die normative kraft der Verfassung*). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 27.

## CAPÍTULO V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A concepção moderna dos direitos fundamentais é fruto de uma construção histórica associada à necessidade de limitação do poder estatal, que surgiu no lastreio de um lento processo em que se associaram fatores filosóficos, políticos, econômicos, sociais e culturais. O termo “direitos fundamentais” surgiu em 1770, na França, como baliza político-cultural que irrompeu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

2. Os direitos fundamentais são direitos oponíveis ao Estado, traduzindo-se em direito de defesa contra o poder estatal para a proteção da vida humana com dignidade, ou seja, aquinhoadada de um mínimo existencial, como a liberdade, a integridade física e a alimentação, de modo a fornecer condições ao homem para ser feliz e se qualificar como sujeito moral.

3. Os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão: subjetivamente, produzem efeitos sobre as relações jurídicas das pessoas com o Estado (eficácia vertical) e com os particulares (eficácia horizontal); objetivamente, irradiam seus efeitos sobre toda a ordem jurídica, vinculando os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

4. O que diferencia os direitos fundamentais em relação a qualquer outro direito é a sua universalidade e seu alicerce, é o princípio da dignidade humana. Mas poderá acontecer que um direito substancial não seja em si fundamental, mas a proteção no caso em concreto torna-se fundamental.

5. A fundamentalidade dos direitos encontra-se vinculada à garantia da não ingerência dos poderes do Estado na esfera individual e à consagração da dignidade humana, adquirindo-se, assim, um reconhecimento universal.

6. Para o reconhecimento de uma nova geração ou dimensão de direitos fundamentais, não é necessário que a geração anterior esteja suficientemente amadurecida. Todas as gerações ou dimensões de direitos fundamentais reclamam uma sequencial geracional complementar e não substitutiva. Desta maneira, os direitos de primeira geração ou dimensão não desaparecem quando do surgimento dos direitos de segunda geração ou dimensão e, assim, sucessivamente. Portanto, o Estado Democrático de Direito é fundado nos

direitos de liberdade e seria inconcebível que eles cedessem lugar aos direitos sociais, pois o processo é de acumulação e não de sucessão.

7. Percebe-se, por meio da teoria do *status* de Jellinek, que todo indivíduo, além de um âmbito privado de atuação, encontra-se inserido em um âmbito público, na medida em que é membro da comunidade política, mas cuja participação depende do reconhecimento do Estado. Por este reconhecimento estatal, adquire o indivíduo personalidade, que juridicamente é uma situação, um *status*, que o qualifica na sua relação com o Estado. Deste *status* adquirido emanam pretensões jurídicas em relação ao Estado, caracterizadas como direitos subjetivos públicos. Com base nesta teoria, os direitos fundamentais são classificados em direitos de defesa, direitos a prestação e direito de participação. Os direitos de defesa referem-se aos direitos fundamentais individuais, como a liberdade pessoal de pensamento, de crença, de reunião e a propriedade. Os direitos a prestações, por sua vez, se referem aos denominados direitos sociais, que alcançam os direitos relativos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados. Já os direitos de participação são aqueles que conferem ao cidadão o direito de participar na formação da vontade política da nação.

8. Os direitos fundamentais ostentam as características da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade, da inviolabilidade, da universalidade, da efetividade, da interdependência e da complementariedade. Acrescente-se ainda a historicidade e, como princípios, a força concretizadora, a interpretação aberta e ampliativa, a máxima força irradiadora, a dinamicidade incorporativa e valorativa, a proibição do retrocesso e a relativização.

9. A expressão “eficácia” dos direitos fundamentais se encontrava vinculada ao problema da força normativa da constituição. Assim, a expressão é utilizada como sinonímia de aplicabilidade jurídica, ou possibilidade real, concreta e efetiva de realização dos preceitos jurídicos objetivados e esperados pelo legislador.

10. Os direitos fundamentais não são absolutos, admitindo restrições, que, contudo, não são ilimitadas, pois deve ser evitado o esvaziamento de seu conteúdo, de forma a não ferir seu núcleo essencial. O núcleo essencial dos direitos fundamentais, quando considerado em seu caráter absoluto, determina que, ainda que haja restrições ao direito, sob quaisquer fundamentos, seus traços essenciais deverão ser mantidos. Por outro lado, se considerado como um valor relativo, significa que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é aquilo que resta depois de uma ponderação.

11. A garantia do núcleo essencial aplica-se a todas as fases de concretização dos direitos fundamentais, limitando a possibilidade de limitá-los (*limites dos limites*). Considerando que o ser humano é o centro e fim de qualquer atividade estatal, os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais assumem grande importância, pois atuam de forma a preservar a dignidade humana contida em cada direito.

12. A proteção do núcleo essencial constitui postulado constitucional imanente, destinado a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito em face de eventuais restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais. Toda restrição a direitos fundamentais deve respeitar o núcleo essencial destes, que envolve diretamente a noção de dignidade da pessoa humana, que não pode ser abalada.

13. Não existe qualquer menção ao devido respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais na Constituição brasileira.

14. A Constituição brasileira não contemplou como se procede à restrição de direitos fundamentais. Tal situação não admite, entretanto, o reconhecimento de inexistência de um dever de proteção desse núcleo essencial. A ideia de um núcleo essencial decorre do próprio modelo garantista empregado pelo constituinte e não do reconhecimento de um limite ao afazer legislativo, o que tornaria inócua qualquer proteção fundamental.

15. As normas que veiculam restrições a direitos fundamentais devem observar certos requisitos, conforme a denominada teoria dos *limites dos limites*. Nessa perspectiva, as normas restritivas devem encontrar fundamentos na Constituição, explícita ou implicitamente; só podem criar limitações necessárias a salvaguarda de outros direitos constitucionalmente protegidos; devem possuir caráter geral e absoluto; e não podem violar o núcleo essencial do direito fundamental que se busca restringir.

16. O *limite dos limites* para restrições a direitos fundamentais está sendo identificado pelo princípio da legalidade (art. 5º, II, da CRFB/88); pela proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; pelo princípio da proporcionalidade (com fundamento no princípio do devido processo legal, na sua dimensão substantiva, tal como decorre do art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88) e pela proibição de restrições casuísticas (com fundamento no princípio da igualdade). Mas surgem dificuldades em face de ausência de uma norma geral sobre restrições e qualquer menção de respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, competindo à jurisprudência constitucional a possibilidade de reconhecimento da existência

de uma reserva geral de ponderação, com fundamento no art. 5º, incisos II e LIV, da CRFB/88.

17. Medidas restritivas dos direitos fundamentais que comprometem o seu conteúdo essencial padecem de constitucionalidade. Na atividade legislativa de concretização dos direitos fundamentais, a ideia de um conteúdo essencial surge para prevenir possíveis excessos, assegurando que estes direitos fossem regulados, sem perder as características que os identificassem como direitos fundamentais.

18. O sistema jurídico brasileiro é composto por dois tipos de normas: as regras e os princípios. As regras são normas que se aplicam por meio da subsunção entre uma situação fática e a previsão normativa, operando com base na regra do “tudo ou nada”. Os princípios são mandados de otimização que são cumpridos de acordo com as condições fáticas e jurídicas existentes no caso concreto. Os princípios jurídicos ganharam posição de destaque na esfera do Direito Constitucional, pois são instrumentos valiosos para aplicação da hermenêutica constitucional.

19. Enquanto o conflito entre normas-regra é solucionado por meio dos critérios tradicionais de interpretação (critérios cronológico, hierárquico e da especialidade), o conflito entre normas-princípio se resolve pelo sopesamento, de maneira com que um dos princípios prevaleça no caso concreto, sem que isso implique em anulação do conteúdo do outro princípio em colisão. Tal circunstância, entretanto, não impede que em outra situação distinta se decida pela aplicação do princípio afastado.

20. Os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e não de regras e, em razão dessa natureza principiológica, eventuais conflitos deverão ser resolvidos por meio da ponderação.

21. A técnica da ponderação, sustentada por Robert Alexy, não possibilita ao intérprete fazer uma escolha livre entre os bens em conflito, como equivocadamente aplicada na doutrina pátria. Pelo contrário, a ponderação de bens é um critério racional para solução de conflitos entre direitos fundamentais, pois os enunciados que definem as condições de preferência são fundamentados, conforme as leis da colisão e da ponderação.

22. Para uma correta aplicação da técnica da ponderação, devem ser analisados os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

23. A adequação é a primeira etapa a se analisar para aplicação da ponderação, significando que as medidas que pretendam restringir um direito fundamental devem ser

adequadas, isto é, capazes de alcançar, ao menos em parte, os resultados pretendidos. Já o critério da necessidade exige que não exista nenhum outro meio capaz de alcançar resultado semelhante de modo menos gravoso a um direito fundamental.

24. A adequação e a necessidade são critérios que consideram as possibilidades fáticas, ou seja, são as questões de prova e os dados técnicos. Não tratam de ponderação, mas buscam evitar restrições desnecessárias a direitos fundamentais.

25. Após verificar que a medida restritiva é adequada e necessária, passa-se à proporcionalidade em sentido estrito. Nesta etapa, há o sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

26. A condição de pessoa é o único requisito para a dignidade e titularidade de direitos. A garantia dos direitos civis e políticos é condição para observância dos direitos sociais, econômicos e culturais. Se um deles é violado, os demais também o são.

27. A dignidade da pessoa humana encontra-se relacionada à eticidade, não se constituindo em simples princípio moral, mas princípio jurídico. A dignidade é valor intrínseco que cada ser humano possui fundado em sua autonomia ética. A dignidade da pessoa humana sempre foi valor preexistente em cada ser, restando ao particular e ao Estado revelar, respeitar e normatizar o referido valor.

28. O princípio da dignidade da pessoa humana aponta um espaço de integridade moral a ser garantido a todos pela simples circunstância de existirem como pessoas, relacionando-se tanto com a liberdade e valores do espírito, como com as condições materiais de subsistência. O seu núcleo elementar é composto do mínimo existencial que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade, pois aquém deste patamar não há dignidade. O princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como o de maior hierarquia, projetando uma série de proposições jurídicas subjetivas e objetivas para além de um mero valor, com a função precípua de tutelar a existência humana com qualidade.

29. O princípio da dignidade humana deve ser entendido sob um viés deontológico, ou seja, como um princípio que obriga que seu conteúdo seja realizado da melhor maneira possível, considerando as circunstâncias existentes.

30. O princípio da dignidade exclui qualquer admissibilidade de sujeição do indivíduo a humilhações, estigmatizações, discriminações arbitrárias, perseguições

infundadas, tratamentos degradantes ou intromissão abusiva em sua vida privada; ao contrário de tudo isso, impõe um pleno e livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

31. A dignidade humana exige a garantia de um espaço interno e privado do indivíduo imune à intervenção de outrem e do próprio Estado, enquanto reserva da intimidade da vida pessoal e familiar, insusceptível de questionamento, conhecimento ou divulgação não consentida.

32. A dignidade da pessoa humana demanda a garantia de segurança da vida em sociedade, envolvendo a necessidade de existência de aparatos públicos de proteção a pessoas e a bens. A insegurança dos dias de hoje, colocando em risco ou em perigo a vida, a integridade física e a propriedade, além de questionar a justificação do próprio Estado, faz emergir um nível precário de qualidade de vida social, fazendo de cada indivíduo um refém em sua própria morada, o que se mostra lesivo à dignidade humana.

33. A dignidade da pessoa humana motiva a existência de um poder público limitado pelo Direito, com exclusão de qualquer manifestação de arbítrio ou prepotência no exercício deste poder, pressupondo essa mesma dignidade que o poder encontre numa ordem jurídica a serviço do cidadão o fundamento e o limite de seu agir.

34. A proteção de dados relaciona-se à própria dignidade humana, na medida em que reconhece que o homem não busca apenas sobreviver fisicamente, mas proteger seu núcleo privado de modelos securitários mais invasivos.

35. O direito fundamental à privacidade é a pretensão do indivíduo de não ser foco de observação por terceiros, de não ter as suas informações pessoais expostas a terceiros ou ao público em geral. A privacidade propicia o exercício da liberdade de consciência, de expressão e de crença, configurando-se como uma proteção contra “ingerências alheias” e como pressuposto para o livre desenvolvimento da personalidade

36. A privacidade é direito subjetivo fundamental e o seu conteúdo é a faculdade de constranger terceiros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, ou seja, situações particulares que só digam respeito ao indivíduo.

37. A reclusão recorrente à vida privada é necessidade de todo indivíduo, propiciando-lhe tranquilidade emocional para autoavaliação e autossuperação, para o livre desenvolvimento de sua personalidade.



38. A privacidade é ter domínio sobre as informações existentes sobre si e exercer um controle sobre esta, de forma consistente, utilizando seus interesses e valores pessoais. Trata-se um conjunto de informações acerca de um indivíduo, que, por sua vez, pode decidir mantê-las sob o seu controle exclusivamente ou, se quiser, comunicar a outrem nas condições que desejar. É uma faculdade que cada pessoa tem de impedir a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar.

39. A privacidade abrange a intimidade, a vida privada, o domicílio, a correspondência, as comunicações e os dados pessoais da pessoa, inclusive o seu salário. Diante dos novos contornos da sociedade, influenciados pelos avanços da tecnologia da informação, qualquer espécie de comunicação é tutelada, como as mensagens veiculadas por meio eletrônico.

40. A intervenção do Estado na atividade econômica e na vida dos cidadãos influenciou o mundo jurídico, em face da necessidade do Estado em contemporizar os conflitos sociais emergentes, bem como em razão de várias situações jurídicas advindas da realidade econômica e simplesmente não previstas pelo Código Civil, exsurgindo o fenômeno na publicização do direito privado. Assim, a publicização e posterior constitucionalização do direito privado possibilitaram uma mudança de paradigma no Estado brasileiro, posicionando-se a Constituição como centro do ordenamento jurídico e axiológico, irradiando os seus efeitos sobre o ordenamento jurídico nacional, passando-se a entender que o direito privado deve ser interpretado de acordo com a Constituição.

41. O direito à privacidade é classificado como direito de prestação, impondo ao Estado o dever de implementar medidas para sua garantia, protegendo os cidadãos de intromissões de particulares ou do próprio Estado. A limitação ao direito à privacidade é possível, desde que seja temporária, preserve o núcleo essencial do direito e seja autorizada pelo seu titular.

42. O espectro de proteção da privacidade possui conteúdo variável, adaptável às circunstâncias fáticas e jurídicas existentes. Nessa perspectiva, a privacidade de pessoas públicas, como políticos, artistas e atletas, obedece a um padrão menos rigoroso do que o observado em relação a pessoas anônimas. Isso se dá em razão da natural exposição das pessoas públicas. Entretanto, ainda que o padrão de realização da privacidade seja menos rigoroso nestes casos, deverá ser mantido em um mínimo digno, sob pena de nulificação de um direito fundamental. O mesmo raciocínio se aplica ao servidor público, que não pode ver

nulificado o seu direito à privacidade, com a exposição pública de seus recursos para sua subsistência e manutenção de sua família.

43. No ordenamento jurídico brasileiro, existem restrições ao direito à privacidade expressamente previstas, umas diretamente na Constituição e outras dela decorrentes, bem como restrições implícitas.

44. Como restrições expressas previstas diretamente na Constituição brasileira, estão os seguintes dispositivos: (i) artigo 136, § 1º, I, b e c – possibilidade do decreto instituidor de Estado de Defesa limitar os direitos ao sigilo de correspondência e comunicação telegráfica e telefônica; (ii) artigo 139, III – possibilidade de, no Estado de Sítio, serem adotadas restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações; e (iii) artigo 5º, XI – restrições à inviolabilidade de domicílio.

45. São restrições expressas não previstas na Constituição brasileira, mas dela decorrentes, aquelas autorizadas pelo seu artigo 5º, XII, segundo o qual “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Esta possibilidade constitucional de restrição foi regulamentada pela Lei 9.296/96, que traça o regramento para a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

46. As restrições implícitas ocorrem quando o direito à privacidade conflita com outro Direito Fundamental, como a liberdade de expressão.

47. A personalidade tem sido entendida como a aptidão da pessoa para ser sujeito de direitos e assumir obrigações no âmbito jurídico. A pessoa, ao adquirir direitos e assumir obrigações, passa a responder por todos os atos e fatos correlatos à sua vida. Os direitos da personalidade são, via de regra, indisponíveis; igualmente inatos, ou seja, originários da pessoa e dela não podem ser retirados; intransmissíveis; imprescritíveis; impenhoráveis; vitalícios; irrenunciáveis e ilimitados.

48. É direito de personalidade, juntamente com a proteção do corpo, da honra, da imagem e do nome, possuindo as características de ser personalíssima, geral, necessária, vitalícia, impenhorável, absoluta, irrenunciável (embora passível de limitação temporária de exercício), inexpropriável e extrapatrimonial (embora possa resultar em benefício financeiro).

49. O direito fundamental de acesso à informação, essencial ao desenvolvimento da democracia, traduz-se na possibilidade de qualquer indivíduo receber de todo e qualquer órgão público informações de interesse particular, coletivo ou geral, à exceção daquilo cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

50. Por meio da transparência, a cidadania pode ser exercida como elemento de compreensão, controle e fiscalização dos atos administrativos estatais, conhecendo-se o destino dos recursos públicos empregados. Ela é um significativo instrumento para o aperfeiçoamento do regime democrático.

51. A transparência estaria definida partir de uma interação com o princípio da publicidade (art. 37, caput, da CRFB/88), conjugada com o direito à informação (art. 5º, XXXIII) e com o princípio democrático, e serviriam de sustentáculo à probidade administrativa.

52. Ao mesmo tempo em que é considerada por alguns como elemento do ato administrativo, a publicidade é compreendida como eficaz ferramenta no apoio à eficiência, ao controle e à transparência pública. Assim, a partir do texto constitucional, a referência feita à publicidade não pode ser entendida apenas como simples tarefa de divulgação de atos administrativos, mas sim de um dever de trazer à ciência da sociedade “um poder público límpido”, pois, juntamente com a transparência, servem ambas de base à probidade administrativa.

53. A Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/11, veio regulamentar o art. 5º, inciso XXXIII, o art. 37, §3º, inciso II e o art. 216, § 2º, todos da CRFB/88. Por meio desta legislação, foi garantido ao cidadão amplo acesso a documentos e informações produzidos ou custodiados pelo Estado que não possuam caráter pessoal e não estejam protegidos pelo sigilo. Estas informações, via de regra, são públicas e o acesso a elas restrito em alguns casos.

54. O acesso a informações públicas revela-se indispensável à participação política e ao controle social do Estado. A regra é a publicidade e o sigilo é tratado como exceção. Como sujeito ativo, todas as pessoas naturais ou jurídicas são titulares do direito de acesso à informação pública. Na condição de sujeito passivo se encontram os órgãos públicos integrantes da administração direta dos poderes da república, dentre outros, e entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos, todos eles discriminados no art. 1º, incisos I, II, e art. 2º, da Lei nº 12.527/11.

55. O dever de divulgação de informações públicas, independente de solicitação, é designado transparência ativa, ao passo que a prestação de informações públicas, a pedido do interessado, é denominada transparência passiva. O direito de acesso à informação tem por objeto não só as informações contidas em registros ou documentos, mas também as informações que podem ser produzidas a partir desses mesmos registros e documentos.

56. Informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado constituem uma excepcionalidade de restrição ao acesso à informação. Outra restrição é destacada no art. 5º, inciso X, da Constituição, segundo a qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material o moral decorrente de sua violação”. Acrescente-se às exceções o segredo de justiça, estipulado no art. 93, inciso IX, da CRFB/88, e a restrição relativa ao segredo industrial, decorrente da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou pessoa física ou entidade privada que tenha algum vínculo com o Estado, conforme parte final do art. 22, da Lei nº 12.557/2011.

57. As informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e a imagem terão o seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos, a contar da data de sua produção, aos agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem.

58. Mesmo o indivíduo cujas informações são protegidas não possui, necessariamente, um direito ilimitado, um domínio absoluto sobre as informações, até porque existe um âmbito de “realidade social” conjugado às informações, prevendo o § 3º, do art. 31 da LAI, a dispensa de consentimento do titular das informações naqueles casos elencados, com destaque para o interesse público e geral preponderante.

59. Quanto aos limites ao direito à informação administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição brasileira consagra em seu art. 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando direito à indenização pelo dano material ou moral diante de tal violação. De outro lado, o art. 37, da mesma Carta Política, elenca um dos basilares princípios que regem todos os setores da atividade administrativa, o da publicidade. Não obstante, o art. 5º, inciso XXXIII, garante ainda o livre acesso à informação administrativa, à medida que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações...”. Entretanto, a publicidade contém reservas e uma delas se encontra na preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, ao abrigo do art. 5º, inciso X, hipótese em que predomina a privacidade

sobre a publicidade. Mas é de se lembrar que não há direitos absolutos e imunes a restrições na Carta Maior. O legislador infraconstitucional, em seu valor máximo, houve por bem autorizar o acesso à informação administrativa, em face da Lei 12.527/11, até onde o direito à privacidade não for atingido, conferindo, entretanto, a algumas exceções, onde se inclui o interesse público e geral preponderante, a permissão da divulgação das informações administrativas.

60. A legislação portuguesa alusiva ao acesso à informação relaciona a si quatro princípios constitucionais: o direito à informação; a reserva da intimidade e vida privada; o segredo de justiça e as questões de segurança nacional e do Estado.

61. Na Constituição portuguesa, no equilíbrio do direito à informação relativa à produção documental de representantes e agentes públicos, também se coloca o direito à proteção da informação e o segredo de justiça. Do mesmo modo, a liberdade de expressão e informação é balanceada pela reserva da intimidade e vida privada.

62. Em Portugal, a Lei nº 46/2007 regula o acesso aos documentos administrativos e sua reutilização, sem prejuízo do disposto na legislação relativa ao acesso à informação em matéria de ambiente. Os principais diplomas legais regulamentares do direito à informação no direito português são a Lei da Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 67/98), a Lei Orgânica nº 2/2014 (Lei do Segredo de Estado), a Lei nº 19/2006 (regula o acesso a informação sobre ambiente), a Lei nº 46/2012 (alterou e republicou a Lei nº 41/2004, que regula a proteção de dados pessoais no setor das Comunicações Eletrônicas), a Lei nº 32/2008 (transpõe a Diretiva da Retenção de Dados, relativa à conservação de dados das comunicações Eletrônicas) e a Lei nº 69/98, que regula o tratamento de dados pessoais e a proteção à privacidade no setor de comunicações.

63. De maior destaque e regulando dispositivo constitucional português referente ao direito à informação, sobressai o Código do Procedimento Administrativo – CPA, instituído pelo Decreto-lei nº 4/2015, que reservou disposições contidas nos arts. 82 a 85, para os direitos, garantias e princípios que amparam a existência da própria lei de acesso aos documentos administrativos, garantindo direitos aos cidadãos pretendentes à informação da administração pública.

64. O acesso a documentos administrativos não é acesso à informação. A legislação portuguesa preocupa-se com *outputs* retrospectivos e ignora o princípio da informação de largo aspecto, não possuindo as entidades públicas o dever de prestar informes dotados de

clareza, pois não há critérios definidores de clareza, simplicidade e precisão. A legislação refere-se especificamente a informação retrospectiva e oficialmente validada, enquanto informação passível de disponibilização sob pedido. A lei é bem detalhada quanto a exceções ao acesso, notadamente ligadas a assuntos de segurança nacional, segredo de justiça e reserva da intimidade e vida privada. O acesso dos cidadãos às informações oriundas do setor público se dá por meio de relatórios anuais e planos de atividades das entidades.

65. A Constituição da República Portuguesa consagra disposições constitucionais em que a liberdade de expressão e informação é balanceada pela reserva da intimidade e vida privada. Cuida-se de opção do Legislador Constituinte Originário e a Constituição prevê, em seu art. 26º, nº 1, o direito das pessoas à reserva da intimidade da vida privada, dispondo o seu art. 26º, nº 2, que a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusiva ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. De tal modo, foi reconhecido como limite ao exercício do direito de informação administrativa o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, conforme menciona o art. 268, nº 2, da Constituição da República Portuguesa. O Supremo Tribunal Administrativo e a Suprema Corte firmaram orientação de que, em caso de conflito entre o direito à informação administrativa e o direito à reserva da intimidade da vida privada, este último prevalece, por se tratar de limite constitucional ao exercício do direito de informação explicitamente previsto no art. 268, nº 2, da Constituição da República Portuguesa.

66. A transparência e o acesso a informações são objetivos relevantes em legislações de diversos países. A concepção de “liberdade de informação” foi reconhecida pela ONU que, em 1946, adotou a Resolução 59, de 14 de dezembro de 1946, assim, mencionando: “A liberdade de informação constitui direito fundamental e a pedra de toque de todas as liberdades que se dedica a ONU”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) reconheceu a liberdade de opinião e expressão em 1948 (Resolução da Assembleia Geral da ONU 217 (III), de 10 de dezembro de 1948), possuindo ela efeito vinculante, obrigando a todos os Estados como direito internacional consuetudinário. Ela dispôs em seu art. 19: “Todo ser humano tem direito à liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ICCPR) foi adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966 e, em julho de 2007, foi ratificado por 160 Estados, garantindo ele, em seu art. 19, o direito à liberdade de opinião e expressão.

67. No âmbito comunitário europeu, percebe-se que o fomento à transparência e a garantia de acesso público à informação governamental assumiram papel de grande importância na integração europeia. Para o sucesso da integração daqueles países, foi necessário interagir os cidadãos, ganhando sua confiança e motivando suas participações. As liberdades fundamentais vinculam os Estados-Membros europeus, em virtude de se obrigarem, desde logo, aos Tratados, vinculação essa cujos termos resultam do apuramento jurisprudencial, dos princípios do primado e do efeito direto. Esse primado integral do direito da União Europeia deriva de sua especial natureza, garantia essencial de integração, cujo efeito útil pressupõe aplicação e interpretação uníssona do direito europeu pelos Estados-Membros.

68. O princípio da proporcionalidade constitui um dos princípios gerais do direito da União Europeia. Por essa razão, qualquer medida restritiva das liberdades fundamentais só será considerada justificada quando se mostrar adequada para garantir a realização do objetivo que prossegue e não ultrapassar o que é necessário para atingir esse objetivo.

69. O princípio da finalidade deve ser escrupulosamente cumprido, não se tolerando a fixação de finalidades indeterminadas ou de caráter global.

70. O Estado brasileiro, a pretexto de efetivar o direito de acesso à informação, passou a divulgar a remuneração de seus servidores na rede mundial de computadores, individualizando-os, nominalmente, ou seja, dados pessoais, componentes de seus patrimônios moral e material. Essa prática representa nítida violação da privacidade e intimidade dos servidores públicos.

71. A solução harmonizante para o conflito se daria com a divulgação dos salários vinculados à matrícula do servidor, medida que tornaria transparentes os gastos públicos com pessoal e preservaria a privacidade do servidor público, já que seu nome estaria resguardado.

72. Mostrou-se equivocado o entendimento do STF no qual não se admitiu cuidar-se de violação à intimidade ou à privacidade, sob fundamento de que a remuneração bruta dos servidores consistia em informação de interesse coletivo ou geral. O conflito estaria ligado, de fato, ao direito ao acesso à informação e ao direito à privacidade e intimidade do servidor público. As informações, quando vinculadas ao nome do servidor, são dados privados, sujeitando-se, assim, à autorização do detentor da informação para sua divulgação. O “preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano” deve ser

medido por um resultado de uma *accountability* pública, com o respeito a direitos e garantias fundamentais.

73. Perdeu-se no julgamento da Suspensão de Segurança 3.902-SP boa oportunidade para se encontrar o caminho da unidade da Constituição, com a satisfação plena ao postulado da concordância prática (harmonização) e reafirmação sobre a intangibilidade do núcleo essencial do direito fundamental à intimidade e à vida privada, com o reconhecimento de um mínimo de privacidade àqueles que se dedicam suas vidas à prestação do serviço público à sociedade brasileira.

74. Restou demonstrado competir ao Judiciário efetuar o controle das ponderações realizadas pelo legislador e pela Administração, à luz dos direitos fundamentais, pois estes direitos constituem o padrão de aferição da respectiva constitucionalidade. Assim, a atuação do Judiciário só é legítima enquanto puder fundar-se em parâmetros jurídicos do Estado Constitucional. Esta atuação não deve ser usada como alternativa política ao legislador, pois, assim, violaria a repartição constitucional de competências. Ela deve manifestar-se como controle dos limites e requisitos que a própria Carta Maior impõe ao legislador.

75. Foi demonstrado que a divulgação nominal de salários é prática violadora da privacidade, uma vez que a renda de um servidor é parte da dimensão do ser humano abrangida pelo sigilo, vez que é correlata na sua essência aos direitos da personalidade.

76. Os valores remuneratórios divulgados são destinados à subsistência do servidor e sua família, e, assim, encontram-se inseridos em informações íntimas dos indivíduos. Por essa razão, é necessária a anuência do portador dos dados para divulgação, afrontando o direito de personalidade a decisão do Supremo Tribunal Federal.

77. O Supremo Tribunal Federal vem impondo desnecessário constrangimento a todos os servidores da República, um universo de três milhões, cento e vinte mil cidadãos, conforme dados do IBGE de 2012, determinando a divulgação do valor da remuneração de cada um deles, ligando-os, nominalmente, aos seus quadros funcionais, dando-se a conhecer o *quantum* remuneratório mensal percebido, pela rede mundial de computadores, quando há outras formas de fazê-lo, sem a exposição do servidor. A Suprema Corte o faz sem ao menos reconhecer o conflito existente entre os direitos fundamentais envolvidos, ou seja, entre o direito à privacidade/intimidade do servidor e direito ao acesso à informação administrativa, não procedendo, igualmente, a qualquer ponderação de bens ou valores.



78. A divulgação nominal da remuneração de servidor estatal não é ato administrativo eficaz, pois a divulgação apenas de seu nome impossibilita o conhecimento de sua real situação funcional, como, por exemplo, promoções, férias, cursos realizados, enquadramentos, tempo de serviço público, adicionais especiais e outros. Na ausência de um maior detalhamento de carreira funcional do servidor, a divulgação de sua remuneração nominal somente serve à exposição desnecessária, saciando a curiosidade bisbilhoteira sobre os rendimentos. O nome do servidor em nada contribui para a concretização dos ideários publicísticos da República, se o objetivo perseguido for somente dar publicidade às despesas administrativas. Se constar ainda do objetivo o fornecimento de informações administrativas sobre desvios ou irregularidades quanto aos pagamentos efetivados a servidores, deve-se disponibilizar informações sobre carreira funcional dos servidores. A forma da divulgação determinada na decisão de mérito pelo e. Supremo Tribunal Federal de nada serve, senão a de saciar a curiosidade bisbilhoteira coletiva, atingindo o direito fundamental à intimidade e privacidade do servidor, como se este fosse o responsável pelas mazelas administrativas da República. Por outro lado, caso os administrados obtenham outras informações funcionais complementares, poderão exercer um melhor controle e acompanhamento das despesas públicas e em tais casos, a identificação nominal dos servidores também não será relevante!

79. O sigilo fiscal do contribuinte continua inviolável, constituindo direito fundamental, ressalva feita somente nas hipóteses de requisição judicial, requisição do Ministério Público e permuta de informações entre as Fazendas Públicas da União, Estados e dos Municípios, ou entre áreas orgânicas da própria estrutura da Administração Pública Municipal, em exclusivo interesse do serviço Público. A proteção do sigilo fiscal tem como objetivo evitar a invasão da privacidade do cidadão, pois a divulgação de informações sigilosas sobre a condição financeira e econômica do contribuinte, e que estão em poder do fisco, podem ter consequências danosas, criminais, ou até mesmo a falência de uma sociedade comercial.

80. A remuneração de servidores públicos não é matéria secreta ou segredo de Estado, porém, para a divulgação de dados pessoais, é necessário que existam normas em prol da dignidade do ser humano e das informações, sob pena de se permitir injustiças e arbitrariedades. Não deve a transparência das contas e gastos públicos irromper para o âmbito da devassa, da violação à intimidade pessoal e privacidade, nem da afronta a normas de segurança e de proteção individual dos servidores públicos e de suas famílias.

81. Não se criam obrigações em prejuízo da segurança e da intimidade de pessoas, pois regra jurídica alguma permite violar direito e garantias individuais em nome de valores públicos, sejam quais forem os valores, e o que eles significam. Os direitos e as garantias individuais prevalecem, pois são cláusulas pétreas da Constituição brasileira, do seu art. 5º, no qual sequer emenda constitucional interfere senão para melhorar e garantir ainda mais. O primeiro e insuperável limite ao interesse público é o conjunto de direitos e garantias em favor do cidadão constante na Constituição, existindo outros, mas sendo este sempre o primeiro. A democracia não devassa nem expõe o cidadão, mas o protege de abusos e desrespeitos. É a própria democracia que, assegurando direitos e garantias fundamentais, protege constitucionalmente os valores contra uma incondicionada transparência sobre a vida alheia a avançar sobre os dados pessoais de cada pessoa, na busca de alegados privilégios. A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, garante a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra, e imagem das pessoas, assegurando indenização em caso de violação.

82. A Lei n 12.527/11, ao elevar os direitos da personalidade ao *status* de direito preferencial em abstrato, deve ser modificada, realizando-se esta mudança com base na assertiva de que, em uma democracia, a liberdade de expressão e informação, em casos envolvendo interesses públicos, deve ser considerada como direito fundamental preferencial *prima facie*. Igualmente, a balança de ponderação deverá ser aferida, conferindo-se mais peso à liberdade de expressão e informação. O ônus argumentativo para restringir a ampla possibilidade de informação deverá ser titularizado ao detentor do direito de personalidade, que deverá desenvolver argumentação para restringir a ampla possibilidade de informação e não o contrário. Se muito embora a lei de acesso à informação ainda não consiga traduzir os objetivos filosóficos que justificam a liberdade de expressão e informação perseguida pelo Legislador Constituinte Originário, defende-se que a legislação tem de ser alterada, com novo direcionamento em sua orientação.

83. Ao se afirmar que “informações pessoais terão seu acesso restrito” (art. 31, §1º, I, da LAI), o legislador, de fato, elencou os direitos da personalidade em um patamar abstrato de superioridade hierárquica, em caso de conflito com o direito à liberdade de expressão e informação. Se tal fato traduz-se em inadmissibilidade para um país democrático, são necessárias mudanças.

84. Em regime democrático, a regra seria a liberdade de expressão e informação e não a observância irrestrita dos direitos da personalidade, com apenas algumas exceções. Mas a orientação da legislação em vigor precisa ser respeitada para garantia dos direitos

fundamentais, privacidade e dignidade da pessoa do servidor público da República, até que sobrevenha qualquer alteração.

85. Se a proposta constante da Lei 12.527/11, ao elevar os direitos da personalidade ao *status* de direito preferencial, em abstrato, deve ser modificada, mudanças deverão ser feitas, com observação do devido processo legislativo, e não por eventual decisionismo ou ativismo judicial. Se a balança da ponderação deve ser aferida, conferindo-se mais peso à liberdade de expressão e informação, o Poder Legislativo deve fazer as alterações.

86. Em se tratando do risco pessoal e familiar advindo de divulgação de remuneração do servidor público na rede mundial de computadores, o Estado deve empreender todo o seu potencial para propiciar proteção à integridade dos cidadãos, inclusive aos servidores públicos, para que possam exercer os atos da vida civil, sem qualquer restrição ao direito de existir e viver em segurança. Não se criam restrições despropositadas em prejuízo da segurança e da intimidade de servidores públicos, pois regra jurídica alguma permite violar direitos e garantias fundamentais, previstas no art. 5º, da CRFB/88, em nome de outros direitos ou valores públicos. O direito à segurança não pode ser mitigado para efetivação de outros valores, por ser a segurança valor estruturante do Estado Democrático de Direito.

87. A utilização da máxima da proporcionalidade propicia a restrição de abusos, arbitrariedades e excessos na atuação do poder público, sob a ótica de três sub-regras: a da adequação; a da necessidade; e a da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, se achará presente a adequação se a medida em análise cumprir, ao menos em parte, os fins que almeja; haverá necessidade, caso não se verifique outro meio igualmente efetivo e menos danoso a direitos fundamentais de se alcançar os objetivos pretendidos. A proporcionalidade em sentido estrito será respeitada caso, em uma ponderação de custo-benefício, os ônus oriundos da medida sejam menores que os benefícios os quais pretende produzir. A solução é necessariamente dada em consonância com cada caso concreto, não sendo possível estabelecer juízos abstratos para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais. A necessidade ou a medida de restrição seria a carga sobre os direitos fundamentais, sendo ela extremamente pesada aos direitos fundamentais do servidor, no caso concreto examinado, quando deveria ser a menor possível. Esta carga aniquila, erradica, extingue o direito fundamental à intimidade e privacidade do servidor público. A carga sobre os direitos fundamentais do servidor deveria ser estritamente necessária à proteção do interesse público,

quando na realidade não o é. Se o sopesamento tem por objetivo definir qual dos interesses prevalece no caso concreto, embora abstratamente no mesmo nível, tem-se que a privacidade possui peso maior, pois vinculada mais diretamente a princípio fundante, que é a dignidade da pessoa humana. A inconstitucionalidade estaria presente pela desproporcionalidade, ou seja, o sacrifício é significativamente maior que o benefício mínimo conferido.

88. Entre as medidas constitucionais cabíveis para assegurar os direitos fundamentais do servidor, está a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF, junto ao Supremo Tribunal Federal, em sua forma autônoma. Pode também ser empregada a ação direta inconstitucionalidade com pedido declaratório de inconstitucionalidade por ação, ADI por ação, perante o Supremo Tribunal Federal contra a Lei nº 12.527/11 - LAI e suas regulamentações (CNJ – Conselho Nacional de Justiça e CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público).

89. Outra forma de solucionar o conflito entre os Direitos Fundamentais à privacidade e ao acesso à informação é a aplicação dos cânones da interpretação constitucional, que são instrumentos colocados à disposição do intérprete com a finalidade de justificar um posicionamento de maneira isenta, científica e fundamentada. Apesar da enorme contribuição, a utilização dos cânones deve ser cautelosa, pois eles não são fórmulas matemáticas que permitem desvendar o conteúdo da norma.

90. Tais cânones, segundo Konrad Hesse, são os da unidade da Constituição, da concordância prática, da exatidão funcional, do efeito integrador, da força normativa da Constituição e da interpretação conforme a Constituição. Parte da doutrina acrescenta a este rol os cânones da proporcionalidade e da máxima efetividade.

91. Diante destes cânones, é possível perceber que a divulgação do salário do servidor público, com a exposição de seu nome, em nada contribui para a satisfação do princípio da publicidade, se o objetivo almejado for apenas dar publicidade às despesas administrativas. Isso porque o direito de acesso à informação estará completamente efetivado com a simples divulgação da matrícula e do salário de cada servidor público.

92. Esta interpretação é a que consegue manter a unidade da Constituição, harmonizar praticamente os direitos em embate no caso concreto e respeitar a prévia demarcação de competências, impedindo que o Poder Judiciário invada a esfera de competência do Legislativo.

93. Para que seja possibilitado à sociedade fiscalizar efetivamente os gastos públicos, pode o Estado fornecer informações sobre a carreira funcional do servidor público, divulgando promoções, cursos realizados, férias, enquadramentos, tempo de serviço público, adicionais e outros.

94. O direito fundamental não carece de ser implementado, se ele é, por si só, bastante. Uma maior implementação ao direito fundamental poder propiciar um conflito com outros direitos fundamentais já estabilizados, advindo controvérsias e a necessidade de atuação do Judiciário, que já possui assoberbadas competências. Deste modo, o direito fundamental ao acesso à informação, utilizando-se de matrículas de servidores, é, por si só, bastante. Não carece de ser implementado com informações nominais, pois tal implementação resultará em conflito com os direitos fundamentais já estabilizados, ou seja, a privacidade e a intimidade do servidor estatal.

95. A interpretação da Constituição deve ser entendida como um afazer de concretização, no qual a norma jurídica não se atém ao seu texto, abrangendo também uma dimensão que supera os aspectos semânticos pertinentes à realidade social. A normatividade deve ser efetivada mediante um procedimento estruturado e passível de verificação e justificação intersubjetiva. Ao mesmo tempo, porém, a aplicação de normas que revestem a natureza de princípios, por meio de um procedimento de ponderação, não pode ingressar no subjetivismo e no decisionismo, havendo de encampar uma dimensão crítica que possibilite aos intérpretes e aos operadores do direito conservar uma postura de vigilância. Somente assim os resultados poderão ser justificados perante a sociedade, consoante exigem os postulados do Estado de Direito Democrático.

96. Diante de cânones da interpretação constitucional apresentados, entende-se que a decisão que pretende enfrentar o conflito entre o direito de acesso à informação administrativa e a privacidade do servidor público deverá utilizá-los, sob risco de se ver maculada a decisão pela ausência de fundamentação.

97. Além das proposições de interpretações pelos cânones apresentados, duas aplicações concretas da máxima efetividade interpretativa das normas constitucionais bem sintetizam o esforço de uma releitura constitucional no conflito entre o direito fundamental ao acesso à informação e o direito fundamental à privacidade e intimidade do servidor:

(i) Em face de dois sentidos contrários de uma determinada norma jusfundamental, um que leve a uma solução ampliativa e um outro que leve a uma solução

mais limitativa do campo de proteção dessa norma, o intérprete-aplicador está obrigado a optar pela solução interpretativa que se mostre mais generosa com o direito fundamental em discussão;

(ii) Da mesma maneira, entre dois sentidos ampliativos do campo de proteção dessa norma, verificando-se que um deles se compatibiliza com a eficácia de outros direitos fundamentais, ao passo que o outro sentido envolve a limitação ou remoção (total ou parcial) da eficácia de direitos fundamentais conexos, o intérprete-aplicador tem sempre de preferir a solução interpretativa que melhor se adeque à preservação da eficácia do maior número de direitos fundamentais.

98. É possível perceber que a divulgação nominal dos salários dos servidores públicos não sobrevive a uma interpretação técnica, isenta e fundamentada, pois divulgar o salário de um servidor público vinculado ao nome do ocupante do cargo impede que a Constituição alcance sua eficácia máxima, pois, a pretexto de se garantir o direito fundamental de acesso à informação, aniquila-se o direito fundamental à privacidade. A divulgação do salário vinculado apenas ao número de matrícula é medida que, ao mesmo tempo, privilegia o acesso à informação e resguarda a privacidade do servidor público. Esta interpretação é a que consegue manter a unidade da Constituição, harmonizar os direitos em colisão no caso concreto, respeitar a prévia demarcação de competências, impedindo que o Poder Judiciário invada a esfera de competência do Legislativo, assegurando-se a máxima efetividade interpretativa das normas de direitos fundamentais constitucionais.

99. A divulgação nominal dos salários dos servidores evidencia um *déficit* de legitimidade entre aquilo que foi produzido democraticamente e aquilo que os juízes pensam – por mera opção – que deveria ser a norma.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. **BVerfGE 65, 1 – Census**. Julgamento em: 15 dez. 1983. Disponível em: <<http://www.emr-sb.de/datenschutz-urteile-nachrichtenleser/items/bverfge-65-1-volkszaehlung.html>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

\_\_\_\_\_, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. Revista de Direito Privado. São Paulo, n. 24, out./dez. 2005.

\_\_\_\_\_, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

AMORIM, José Roberto Neves. **Direito sobre a história da própria vida**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 87, n. 749, p. 19, mar. 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil brasileiro: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Serrano Vidal. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares dos direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. **Princípios gerais do direito administrativo**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo**. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista15/revista15\\_11.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1992.

\_\_\_\_\_, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=228](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=228)>. Acesso em: 19 jan. 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo, **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 151, de 5 de julho de 2012**. Altera a redação do inciso VI do artigo 3º da Resolução nº 102, de 15 de dezembro de 2009, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2537>>. Acesso em: 26 out. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 215, de 16 de dezembro de 2015**. Dispõe, no âmbito do Poder Judiciário, sobre o acesso à informação e a aplicação da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. DJe/CNJ, nº 8, de 19/1/2016, p. 4-13. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_215\\_16122015\\_19012016174744.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_215_16122015_19012016174744.pdf)>. Acesso em: 5 mar. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 89, de 24 de setembro de 2012**. Regulamenta a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011) no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados e dá outras providências. (Alterada pelas Resoluções nºs 100/2013 e 115/2014). Disponível em: <<http://www.cnmp.gov.br/portal/resolucoes/2283-resolucao-89>>. Acesso em 26 out. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 4 nov. 2015.

BRASIL. Controladoria Geral Da União. **Acesso à informação pública: Uma introdução à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Disponível em:

<<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materias-interesse/cartilhaacessoainformacao.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2015.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portal da Transparência do Governo Federal.** Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br>>. Acesso: em 29 jan. 2013.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **DOFC de 27 out. 1966**, Brasília, p. 12.452.

BRASIL. Lei nº 9.784/99. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União de 01.02.1999**. Brasília, p. 1.

BRASIL. Lei nº 10.406. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União de 11.01.2002**, Brasília, p. 1.

BRASIL. Lei nº 12.527/11. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União de 18.11.2011**. Brasília, p. 1. Edição extra.

BRASIL. Lei nº 12.813/13. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e das medidas provisórias nºs. 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. **Diário Oficial da União de 17.05.2013, p. 1, retificado em 20.05.2013**. Brasília, p. 1.

BRASIL. Lei nº 8.159/91. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. **Diário Oficial da União de 09.01.1991**, p. 455, retificado em 28.01.1991. Brasília, p. 1921.

BRASIL. Lei nº 8.666/93. Regula o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União de 22.06.1993**, Brasília, p. 8269.

BRASIL. Portal da Ouvidoria do Ministério da Fazenda. **Lei de acesso à informação. Dois anos de vigência. Perspectivas e Aperfeiçoamento. Situação na França.** Disponível em: <<http://portal.ouvidoria.fazenda.gov.br/arquivo-pdf/LAI%20Franca.pdf>>. Acesso: em 4 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 1275 PE.** Relator: Ministro Nilson Naves – Corte Especial. Julgamento em: 4 fev. 2004. Data de Publicação: DJ 29 mar. 2004, p. 163. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial>>

= 1097203&num\_registro=2003 01987037&data=20040329&tipo=5&formato=PDF>.  
Acesso em: 9 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Data nº 56/DF**, Relator: Ministro Félix Fischer - 3ª Seção. Julgamento em: 10 mai. 2000. DJ, Brasília, 29 mai. 2000. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199200196101&dt\\_publicacao=14-03-1994&cod\\_tipo\\_documento=1&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200196101&dt_publicacao=14-03-1994&cod_tipo_documento=1&formato=PDF)>. Acesso em: 16 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 1.922/SP**. Rel. Min. Humberto Gomes Barros - 1ª Turma. Julgamento em: 9 fev. 1994. DJ, Brasília, 14 mar. 1994. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199200196101&dt\\_publicacao=14-03-1994&cod\\_tipo\\_documento=&formato=undefined](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200196101&dt_publicacao=14-03-1994&cod_tipo_documento=&formato=undefined)>. Acesso em: 9 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1616**. Relator: Ministro Maurício Corrêa – Pleno. Julgamento em: 24 mai. 2001. DJ, Brasília, 24 ago. 2001, p. 00041. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266700>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4060**. Relator: Ministro Luiz Fux - Plenário. Julgamento em: 25 fev. 2015. Diário da Justiça Eletrônico 081, Brasília, 4 mai. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8340395>>. Acesso em: 1 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 836/AM**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski – Pleno. Julgamento em: 22 out. 2015. Diário da Justiça Eletrônico 244, Brasília, 3 dez. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9927184>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 5026/PE**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski – Pleno. Julgamento em: 7 out. 2015. Diário da Justiça Eletrônico 217, Brasília, 29 out. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9675288>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3.902-AgR**. Relator: Ministro Ayres Brito – Pleno. Julgamento em: 9 jun. 2011. Diário da Justiça Eletrônico 189, Brasília, 30 set. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628198>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 773/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski – Pleno. Julgamento: 7 mai. 2015. Diário da Justiça Eletrônico 101, Brasília, 29 mai. 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590055>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 70.389/São Paulo**. Relator para o acórdão: Celso de Mello – Tribunal Pleno. Julgamento: 23 jun. 1994. DJ, Brasília, 10 ago. 2001, p. 0003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72400>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.959 – SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em: 23 fev. 2006. DJ, de 1 set. 2006, p. 00018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.164/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello – Pleno. Julgamento em: 30 out. 1995. DJ de 17 nov. 1995, Brasília, p. 39206. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF – MC**, Relator: Ministro Ayres Britto – Pleno. Julgamento em: 27 fev. 2008. Diário da Justiça Eletrônico 035, Brasília, 25 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608505>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1076**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence – Pleno. Julgamento em: 15 jun. 1994. DJ, Brasília, 7 dez. 2000, p. 0003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346810>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1158**. Relator: Ministro Celso de Mello – Pleno. Julgamento em: 19 dez. 1994. DJ, Brasília, 26 mai. 1995, p. 15154. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346863>>. Acesso em: 9 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1922**. Relator: Ministro Moreira Alves – Pleno. Julgamento em: 6 out. 1999. DJ, Brasília, 24 nov. 2000, p. 00089. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347333>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540**. Relator: Ministro Celso de Mello – Pleno. Julgamento em 1 set. 2005. DJ, Brasília, 3 fev. 2006, p. 00014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 652.777/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki – Pleno. Julgamento: 23 abr. 2015. Diário da Justiça Eletrônico 128, Brasília, 1 jul. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8831570>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Data nº 22**. Relator: Ministro Celso de Mello – Pleno. Julgamento em: 19 set. 1991. DJ de 1 nov. 1995, Brasília, p. 27378. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=362613>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 652.777/SP**. Relator: Min. Ayres Britto - Pleno. Julgamento em: 29 set. 2011. Diário da Justiça Eletrônico 071, Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1902861>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 3.902-AgR**. Relator: Ministro Ayres Brito – Decisão Monocrática. Julgamento em: 8. Jul. 2009. Diário da Justiça Eletrônico 146, Brasília, 4 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SS%24%2ESCLA%2E+E+3902%2ENUMA%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/bgqg94p>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. **Habeas Data n.001-DF**. DJU, 2.5.89, Seção I, p. 6.774.

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Rita Amaral. **O Direito à intimidade da vida privada. Breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil**. Tipografia Guerra Viseu. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988.

CAMPOS, Gisele de Assis. **As decisões judiciais como objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Revista Âmbito Jurídico, dez. 2005. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6802](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6802)>. Acesso em: 1 dez. 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Interesse público: verdades e sofismas**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinicius (Coord.). **Supremacia do interesse público sobre o privado e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO, Iuri Mattos de. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, nº 16, mai/jun/jul, 2007, pg.11. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY (CLD); ACCESS INFO EUROPE (AIE). **Global Right to Information Rating**. Disponível em: <http://www.rti-rating.org/country-data>>. Acesso em: 19.out.2015.

CHEQUER, Cláudio. **A lei de acesso à informação pública e as informações de caráter pessoal de interesse público**. In: Boletim dos Procuradores da República nº 83. Brasília: Fundação Procurador Jorge de Melo e Silva, 2012.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Decisão da comissão, de 8 de fevereiro de 1994, relativa do acesso do público aos documentos da comissão**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31994D0090>>. Acesso em: 18 out. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS; COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Tratado da União Europeia**. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_on\\_european\\_union/treaty\\_on\\_european\\_union\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_on_european_union/treaty_on_european_union_pt.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2015.

CONSELHO EUROPEU. **Birmingham, 16 de outubro de 1992, Conclusões da Presidência**. Disponível em: <[http://www.uc.pt/fduc/pdfs/jean\\_monnet/CONSELHOEUROPEUDEBirmingham1992.pdf](http://www.uc.pt/fduc/pdfs/jean_monnet/CONSELHOEUROPEUDEBirmingham1992.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2015.

CORGOSINHO, Gustavo. **Defensoria Pública: princípios constitucionais e regime jurídico**. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

CORSO, Guido. **Manuale di diritto amministrativo**. Torino: G. Giappichilli Editore, 2010.

COSTA JÚNIOR, Ademir de Oliveira; MELLO, Adriana Zawada. **Eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais**. In Revista Mestrado em Direito da UNIFEO, ano 7, n. 1, Osasco, 2007.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Considerações acerca das máximas da razoabilidade e da proporcionalidade**. Revista do Advogado – Seleções Jurídicas. Rio de Janeiro, ano 12, v. I. 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). Ações constitucionais. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

DELPÉRÉE, Francis. **O direito à dignidade humana**, in: Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti (Coord.), Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999.

DELPIAZZO, Carlos E. **Triple dimensión del principio de transparencia en la contratación administrativa**. Revista Trimestral de Derecho Público. – RTDP, São Paulo, n. 46, 2004.

DI FIORE, Bruno Henrique. **Teoria dos círculos concêntricos da vida privada e suas repercussões na praxe jurídica**. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201109281258590.Artigo\\_brunofiore.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201109281258590.Artigo_brunofiore.doc)>. Acesso em: 29 out. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014

DIAS, Eduardo Rocha. **Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/584644>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. **O direito à informação no novo código do procedimento administrativo**. In GOMES, Carla Amado. NEVES, Ana Fernanda. SERRÃO, Tiago (Coord.). Lisboa: aafdl, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Aspectos processuais da ADIN e da ADC**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). Ações constitucionais. 6. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

\_\_\_\_\_, DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. Vol. 3. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Teoria geral do direito civil**, 1º volume, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade**. In: *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (Coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do novo código civil**. São Paulo: Método, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Malheiros, 2002.

ESPANHA. Ministério da Presidência. **Boletim da agencia estatal do Estado nº 295, de 10.12.2013. Lei 19/2013, de 9 de dezembro de 2015**. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887>>. Acesso em: 4 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS. Departamento de Justiça. **What is FOIA?**. Disponível em: <<http://www.foia.gov/about.html>>. Acesso em: 3 out. 2015.

FACCHINI NETO, Eugênio. **A constitucionalização do direito privado**. Revista do Instituto Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB, vol. 1, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Zulmar; BENHOSSI, Karina Pereira. **A importância da eficácia horizontal como garantia de preservação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70162fe655ec381a>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos: A honra, a intimidade e a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. atual. Porto Alegre: Fabris, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rev. Ampl. e atual. até a EC 76/2010 e em consonância com a jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés et al. Madrid: Trotta, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FLORÉZ-VALDEZ, Joaquim Arce. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Ed. Cuadernos Civistas, 1990.

FRABRIZ, Daury César. **A estética do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FRANÇA. Presidência da República. **Bem-vindo ao senado francês**. Disponível em: <[http://www.senat.fr/lnq/pt/declaration\\_droits\\_homme.html](http://www.senat.fr/lnq/pt/declaration_droits_homme.html)>. Acesso em: 30 jan. 2015.

FREIRE, Paula Vaz. **Mercado interno e união econômica e monetária: Lições de direito econômico da União Europeia**. Lisboa: aafdl, 2013.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Vladimir Passos de (org.). **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 1998.

GÓIS, Ancelmo César Lins de; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. **Direito Internacional e globalização em face de questões de direitos humanos**. Revista CEJ, Brasília, n. 11, p. 92, maio/ago. 2000.

GONÇALVES, José Renato. **Acesso a informação das entidades públicas**. Coimbra: Almedina, 2003.

GONZALES PEREZ, Jesús. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986.

GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais do direito público**. t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GUEDES, Néviton. **Princípio da concordância não contraria ponderação de bens**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-14/constituicao-poder-principio-concordancia-nao-contraria-ponderacao-bens>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. rev. e atual. pela NBR 14.724, de 30/12/2005, da ABNT. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **O conceito de poder de Hannah Arendt**. In: Habermas: Sociologia. São Paulo: Ática, 2001.

HEINEN, Juliano. **Comentário à lei de acesso à informação: lei nº 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die normative kraft der Verfassung)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado. Prólogo de Fernando de los Ríos**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2004.



KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KARAN, Maria Lúcia. **Escritos sobre a liberdade: liberdade, intimidade, informação e expressão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento atual, 2005.

LAFER, Celso apud AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). **Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2003.

\_\_\_\_\_, Celso. **A Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 1. reimp. São Paulo: Cia das Letras, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Edições e Publicações Brasil. São Paulo, 1933. E-book. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/constituicao1.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2015.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. In: Revista de Direito do Consumidor, ano 10, n. 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. Revista de informação legislativa. Nº 164, 2004.

\_\_\_\_\_, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limite ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos humanos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

\_\_\_\_\_, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MÁRIO, César. **Divulgação inconstitucional de nomes e salários de servidores enquadrados pela Justiça Federal**. Rio de Janeiro, 1 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.perspectivacritica.com.br/2012/08/divulgacao-inconstitucional-de-nomes-e.html>>. Acesso em: 18 mai. 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. **Os princípios de interpretação constitucional e sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3167, 3 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21213>>. Acesso em: 2 nov. 2013.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. **Meio ambiente e direitos humanos**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 7, n. 28, out./dez. 2002.

MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 36. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2014.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2. ed.. Brasília: UNESCO, 2009, p.8. Disponível em:  
<[http://portal.unesco.org/ci/en/files/26159/126398551119freedom\\_information\\_pt.pdf/freedom\\_information\\_pt.pdf](http://portal.unesco.org/ci/en/files/26159/126398551119freedom_information_pt.pdf/freedom_information_pt.pdf)>. Acesso em: 5 out. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei nº 9.882, de 03.12.1999**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MILL, Stuart. **On Liberty**. Estados Unidos da América, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORICONI, Marcelo. BERNARDO, Luís. **Dados, conhecimento, ação: melhorar o acesso à informação em Portugal**. Policy Paper SNI#1: Acesso à Informação. Transparência Internacional. 2012. Disponível em:  
<[http://www.academia.edu/2947623/Dados\\_Conhecimento\\_Acesso\\_Melhorar\\_o\\_Acesso\\_a\\_Informacao\\_em\\_Portugal](http://www.academia.edu/2947623/Dados_Conhecimento_Acesso_Melhorar_o_Acesso_a_Informacao_em_Portugal)>. Acesso em: 10 out. 2015

MORO, Raquel Gruske. **Teorias fundamentais, direitos humanos revisto**. Disponível em: <<http://direitoshumanosrevisto.blogspot.com/2013/07/teorias-fundamentais.html>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O Direito fundamental à autodeterminação informativa**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>>. Acesso: em 24 fev. 2016.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. ***Stare decisis et non quita movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **Direitos fundamentais dos animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **Empresa e o direito fundamental**. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/download/93/102>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2015.

\_\_\_\_\_, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**. Vol. 2. Coimbra: Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NUNES JÚNIOR, Serrano Vidal. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, José do Carmo Veiga de. **A força do efeito vinculante no novo CPC: mercado, economia, globalização, sistema judiciário e direitos humanos fundamentais**. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 19 jul. 2015.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2009.

PAGNAN, Rogério. **Segurança de SP aperta filtro de acesso a dados públicos**. Folha de São Paulo, São Paulo, 2 mar. 2016. Caderno Cotidiano, B4.

PALMER, John. **Openness and Transparency: the state of the debate in the European Union**. European Information. ISSN 1461-5428, n° 6 (1999).

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) n° 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1049&from=PT>>. Acesso em: 19 out. 2015.

PEREIRA, J. Matos. **Direito de informação**. Edição do autor. Lisboa: Associação Portuguesa de Informática, 1980.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. **Privacy e Proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Vol. 1 e 2. 2011. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas) - Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e globalização**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIERA, Oscar Vilhena (coords.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

\_\_\_\_\_, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

POLARINI, Giovana Meire. **A eficácia vertical e horizontal das normas de direitos fundamentais**. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTUGAL. Assembleia da República. **Decreto-Lei 398/1998, de 17 de dezembro**. Aprova a lei geral tributária que enuncia e define os princípios gerais que regem o direito fiscal português e os poderes da administração tributária e garantias dos contribuintes. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=253&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=253&tabela=leis)>. Acesso em: 9 mar. 2016.

PORTUGAL. Assembleia da República. **Decreto-Lei n° 4/2015, de 7 de janeiro. Código de Procedimento Administrativo**. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&nversao=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&nversao=)>. Acesso em: 27 out. 2015.

PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei 46/2007, de 24 de agosto**. Regula o acesso aos documentos administrativos e sua reutilização, revoga a Lei n° 65/93, de 26 de agosto, com a redação introduzida pelas Leis n°s. 8/95, de 29 de março, e 94/99, de 16 de julho, e transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n° 2003/98/CE, do Parlamento e do Conselho, de 17 de novembro, relativa à reutilização de informações do sector público. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=931&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=931&tabela=leis)>. Acesso em: 8 dez. 2015.

PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei 67/1998, de 26 de outubro**. Lei da Protecção Dados Pessoais (transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Dir. n.º 95/46/CE, do PE e do Conselho, 24/10/95, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_estrutura.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=156&nversao=&tabela=leis&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=156&nversao=&tabela=leis&so_miolo=>)>. Acesso em: 9 mar. 2016.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**: aprovada pela Assembleia Constituinte em 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx.>>. Acesso em: 8 dez. 2015.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. **Processo 0179/2015**. Relator: Madeira dos Santos. Data do acórdão 25 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/7594d8173a58c83480257e2900450eed?OpenDocument&Highlight=0,informação,administrativa>>>. Acesso em: 15 out. 2015.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. **Processo 036628**. Relator: Edmundo da Silva. Data do acórdão 22 fev. 1995. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b3ead14e0908baae802568fc00390722?OpenDocument>>>. Acesso em 15 out. 2015.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. **Processo 0493/2009**. Relator: Costa Reis. Data do acórdão 30 set. 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/0/f16ac6cf7fcf3fa080257648002efff0?OpenDocument>>>. Acesso em: 16 out. 2015.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. **Processo 0965/2009**. Relator: Costa Reis. Data do acórdão 6 jan. 2010. Disponível em: <<<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/38c4b86a446e365d802576a5005959c9?OpenDocument&ExpandSection=1>>>. Acesso em: 16 out. 2015.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo 3/12.2YFLSB**. Relator: Manuel Braz. Data do acórdão 9 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2bd6a5e839ceb9ad802579aa003f43d7?OpenDocument>>>. Acesso em: 13 out. 2015.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão 176/92**. Proc. 22/84. Relator: Conselheiro Fernando Alves Correia: Julgamento 7 mai. 1992. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/199020176.html>>>. Acesso em: 15 out. 2015.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Processo 456/97**. Acórdão 254/99. Relator: Conselheiro Sousa e Brito. Data do acórdão 4 mai. 1999. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990254.html>>>. Acesso: em 14 out. 2015.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Processo 686/12**. Acórdão 117/2015. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Data do acórdão 12 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150117.html>>>. Acesso em: 15 out. 2015.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Processo 695/06**. Acórdão 155/07. Relator: Conselheiro Gil Galvão. Data do acórdão 2 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>>. Acesso em: 14 out. 2015.

REMÉDIO, José Antônio; REMÉDIO, David Pereira. **Direitos fundamentais coletivos e difusos**. In: KIM, Richard Pae (coord.); BARROS, Sérgio Resende de (coord.). et al. Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

RIBEIRO, Diego Freitas. **O direito à informação administrativa e o limite à reserva da intimidade da vida privada**. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/74>>. Acesso em: 24 out. 2015.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Transparência não é devassa, nem na Lei nº 12.527/11**. In: BDM-Boletim de Direito Municipal: doutrina, pareceres e atualidades. São Paulo: Editora NDJ Ltda., nov. 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Apelação nº 3.059/91**. Relator: Desembargador Carlos Alberto Direito. Julgamento em: 19 nov. 1991. RDA 185/198.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível e Reexame Necessário nº. 70015320831**. Relator: Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano – Segunda Câmara Cível. Julgamento em: 1 out. 2006. DJSC, 20.01.2015, p.262. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_acordaos.php?Numero\\_Processo=70015320831&code=6711&entrancia=2&id\\_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%C7A&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%20CAMARA%20CIVEL](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70015320831&code=6711&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%C7A&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%20CAMARA%20CIVEL)>. Acesso em: 10 mar. 2016.

ROBERTS, John Morris. **O livro de ouro da história do mundo: da pré-história à idade contemporânea**. 13. ed. Tradução: Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, João Gaspar. **A inconstitucionalidade e outros aspectos jurídicos sobre a divulgação nominal de dados remuneratórios de servidores públicos**. In: Seleções jurídicas COAD-ADV, out. 2012.

RUARO, Regina Linden; CURVELO, Alexandre Schubert. **Comentário ao artigo 37, § 3º**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÃO PAULO. Decreto 61.836, de 18 de fevereiro de 2016. Dispõe sobre a classificação de documento, dado ou informação sigilosa e pessoal no âmbito da Administração Pública direta e indireta. **DOE-I, 19/2/2016, p. 1**. Disponível em:

<<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2016/decreto-61836-18.02.2016.html>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

SARAIVA, Alessandra; MARTINS, Diogo. **IBGE: funcionários públicos eram 1,6% da população brasileira em 2012**. Jornal Valor Econômico. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3046800/ibge-funcionarios-publicos-eram-16-da-populacao-brasileira-em-2012>>. Acesso em: 1 dez. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral**. In: MOLINÁRIO, Carlos Alberto et al (Org.). A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

\_\_\_\_\_, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

\_\_\_\_\_, Ingo Wolfgang. **Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. In: Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao prof. J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_, Daniel. **Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social: pós-modernidade constitucional**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Crises e desafios da constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. Daniel. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. In: Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCARPIN, Andréa. **Acesso à Informação: Itália busca o equilíbrio entre o sigilo e transparência**. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 12 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-12/andreia-scapin-italia-busca-equilibrio-entre-sigilo-transparencia>>. Acesso em: 5 out. 2015.

SCHEMKEL, Rodrigo Zasso. **Violação do direito à privacidade pelos bancos de dados informatizados**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 812, 23 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7309>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2001.

SILVA, Cleber Demétrio de Oliveira da. **O princípio da solidariedade**. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9315>>. Acesso em: 26 jan. 2015.

SILVA, Felipe Roeder da. **Análise da divulgação da remuneração dos agentes públicos à luz do princípio da proporcionalidade**. Jus Navegandi, Teresina, 04/2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/38501/analise-da-divulgacao-nominal-da-remuneracao-dos-agentes-publicos-a-luz-do-principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. Rev. E atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_, José Afonso da. **Interpretação da Constituição**. Palestra proferida no I Seminário de Direito Constitucional Administrativo, no Tribunal de Contas do Município de São Paulo. São Paulo, 3 jun. 2005. Disponível em: <[http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03\\_06\\_05/jose\\_afonso3.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso3.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

\_\_\_\_\_, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros. 2010.

\_\_\_\_\_, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, nº 798, 2002.

SOARES, Rogério Ehrhart. **Princípio da legalidade e Administração Constitutiva**. In: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LVII. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1981.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação de particulares aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOMBINI, Carla Fernanda Leão Barcellos. **Suspensão de segurança na visão dos tribunais superiores**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2015.



UNIÃO EUROPEIA. **Convenção sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente.** Disponível em: <<http://www.cada.pt/uploads/d98108f2-3272-3e31.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva Comunitária nº 95/46/CE**, de 24 de outubro de 1995. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46\\_part1\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Amsterdão.** Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_of\\_amsterdam/treaty\\_of\\_amsterdam\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_of_amsterdam/treaty_of_amsterdam_pt.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2015.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.

VILLALON, Pedro Cruz. **Formación y evolución de los derechos fundamentales.** Revista Española de Derecho Constitucional, 1989.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The Right to Privacy.** In Harvard Law Review, Vol. IV, December 15, 1890.